

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
PARTAGES D'ASCENDANTS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mardi 1^{er} mai 1900, à 10 heures

PAR

GEORGES DEVISME

Président : M. ANDRÉ WEISS.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 SALEILLES, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux théories émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
PARTAGES D'ASCENDANTS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 1^{er} mai 1900, à 10 heures

PAR

GEORGES DEVISME

Président : M. ANDRÉ WEISS.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 { SALEILLES, }*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 43

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES PARTAGES D'ASCENDANTS

EN DROIT FRANÇAIS

*In die consummationis dierum vilæ tuæ
et in tempore exitus tui, distribue heredita-
tem tuam (Ecclésiastique, ch. XXXIII, v. 24).*

« Dieu vous commande, dans le partage
de vos biens entre vos enfants, de donner
aux mâles une portion double de celle des
filles. »

(Koran, ch. IV, v. 12.)

INTRODUCTION

Le partage d'ascendant, appelé aussi partage anticipé, est la faculté accordée par la loi, aux ascendants de faire la distribution et le partage de leurs biens entre leurs descendants et présomptifs héritiers.

Ainsi le but de cet acte n'est pas, comme dans la donation en avancement d'hoirie, d'avantager un des enfants avec charge de rapport à la succession du donataire, mais uniquement de distribuer et de partager les biens de l'ascendant entre ses héritiers présomptifs, d'empêcher les contestations pouvant s'élever entre eux après son décès et de leur éviter les frais et les lenteurs d'un partage judiciaire.

On a prétendu que la seule raison d'être du règlement de la loi sur notre sujet est la prohibition de disposer de la réserve, laissant entendre, par là même, que dans une législation où la réserve n'existerait pas, le partage d'ascendant n'aurait pas besoin d'être autorisé par une disposition législative expresse. Nous croyons cette assertion inexacte car la faculté dont nous nous occupons est, à plus d'un titre, une dérogation au droit commun et comme telle doit être autorisée par un texte spécial. Notre matière, disons-nous, sort du droit commun, c'est l'évidence même ; pour partager un bien, il faut nécessairement que ce bien soit indivis, sans cela le partage ne se conçoit pas ; or ici nous avons un partage et pas d'indivision ; de plus ce partage fait naître au profit des co-partagés un privilège, or les privilèges ne peuvent naître que d'une loi et non de la volonté des particuliers ; en outre, tout au moins pour le partage par donations entre vifs, il y a là un pacte sur succession future, or toutes les législations en général, prohibent ces sortes de conventions. Sur ces trois points il y a dérogation au droit commun, par conséquent un texte formel était nécessaire pour organiser notre matière. C'est d'ailleurs à juste titre, que la loi a autorisé les partages d'ascendants car ils offrent de grands avantages.

Et d'abord ils permettent aux parents avancés en âge ou accablés par des infirmités précoces de se décharger sur leurs enfants de l'exploitation et de l'administration

de leurs biens. Le petit cultivateur ne peut pas, comme le grand propriétaire, lorsque son domaine lui est venu à charge, le donner à bail ; qui voudrait, en effet, entreprendre la culture de quelques petites pièces de terre ? évidemment ce ne peut être qu'un cultivateur déjà établi ; mais souvent ces terres sont loin des siennes et il n'en offrira qu'un faible prix, ce faible prix permettra-t-il au vieux cultivateur de vivre ? S'il est obligé de louer sa ferme avec ses terres, le loyer sera-t-il suffisant pour lui permettre de prendre une autre habitation ? Si d'un autre côté il se résout à continuer son exploitation, arrivera-t-il à de meilleurs résultats ? non ! car, l'expérience nous le montre ; ses bâtiments ne tarderont pas à se dégrader et, soit négligence, soit insouciance, il ne songera pas à les réparer, ou les réparera lorsque les dégâts seront très grands ; ses terres ne seront plus cultivées avec le soin jaloux d'autrefois, il les négligera et partant les récoltes deviendront moins abondantes ; la gêne entrera peu à peu dans la famille jadis prospère et il faudra peut-être vendre ces terres autrefois fécondes. Si maintenant nous supposons le propriétaire riche, jouissant d'une fortune considérable, sera-t-il à l'abri des inconvénients d'une mauvaise administration ? Pas davantage ; d'abord ses enfants pourront s'efforcer de le circonvenir afin de se faire consentir des donations, peut-être même se fondant sur son grand âge et l'affaiblissement de ses facultés, chercheront-ils à le faire interdire et à se procurer ainsi indirectement des biens que la mort de leur père ne vient

pas leur donner. L'ascendant se verra en butte aux manœuvres des coureurs d'héritage, les agents d'affaires chercheront à lui arracher ses capitaux pour les placer dans des entreprises plus ou moins hasardées, et ses fermiers lui arracheront des baux à longue durée moyennant un prix dérisoire. Ainsi d'un côté comme de l'autre, riches ou pauvres, ils verront leurs ressources diminuer, et peut-être périlcliter l'œuvre à laquelle ils avaient consacré leur vie.

Le partage d'ascendant leur offre un moyen très simple de se soustraire à cette perspective pénible et leur fournit de plus l'occasion de récompenser leurs enfants et d'éviter entre eux des disputes et des chicanes. Bien souvent le père associe à sa culture ou à la direction de son entreprise un de ses fils ; il l'initie à ses travaux, et ainsi l'enfant acquiert en peu de temps sous la direction paternelle une expérience et des connaissances, fruits d'ordinaire de longs et pénibles travaux ; bientôt le père laisse peu à peu son fils diriger l'entreprise et finalement s'en repose entièrement sur lui. Ne serait-il pas injuste d'empêcher le père de donner à ce fils l'établissement auquel ce dernier a consacré son énergie et qu'il a contribué à faire prospérer ? d'autant plus que dans le cas contraire, le père ne pouvant plus compter transmettre son établissement à un de ses enfants, mais menacé de le voir sortir de la famille par suite de leur méintelligence, se proposerait peut-être d'en tirer tout le profit possible par une direction plus ou moins honnête,

et peu lui importerait d'assurer à son entreprise une clientèle solide ou une bonne réputation. De plus en refusant au père la faculté de donner son établissement à un de ses fils à son choix, nous lui enlevons du même coup une des prérogatives de sa puissance paternelle. Il doit pouvoir avantager les enfants soumis à sa volonté et punir au contraire ceux qui y sont rebelles ; or par le partage d'ascendant, il lui est possible d'accorder aux premiers des biens mieux situés, plus à leur portée, à côté de ceux qu'ils possèdent déjà. Si le père ne fait pas de partage il faudra que les enfants se mettent d'accord, et s'ils n'y parviennent pas on aura recours à la licitation. On a dit, il est vrai, que la licitation permet à celui qui veut avoir un des biens de l'obtenir, mais ceci est inexact, car un tiers peut très bien avoir un grand intérêt à acheter l'immeuble et le pousser à un prix inabordable ; d'ailleurs en supposant qu'un des enfants reste adjudicataire, cela n'en aura peut-être pas moins produit un effet désastreux, car les deux enfants qui n'ont pas voulu se faire de concessions mutuelles vont devenir ennemis irréconciliables. Si, au contraire, le père, avant de mourir, avait partagé sa fortune entre eux, il n'y aurait pas eu de contestation possible. Nous venons de faire allusion à la licitation, mais il n'est nullement besoin pour y être réduit de supposer la désunion entre les co-partageants ; il suffit de supposer le cas tout aussi fréquent et même plus fréquent d'une hérédité recueillie par des héritiers dont l'un est mineur. L'on se trouvera

alors dans la nécessité de liciter les immeubles, de vendre les meubles et d'assumer ainsi des frais énormes ; de ce chef encore, le partage d'ascendant mérite d'être pris en considération. Il économisera des frais considérables. Nous avons constaté précédemment que la volonté d'un seul rend la licitation absolument indispensable ; le père ne sera donc jamais certain, à moins de partager ses enfants de son vivant, de faire rester dans sa famille des biens par lui acquis, des biens qu'il a améliorés, par un travail assidu, et pourtant les petits propriétaires tiennent essentiellement à ne pas voir aliéner leurs immeubles ; le but de leurs efforts incessants est d'arrondir le petit domaine laissé par leur père et de le transmettre agrandi à leurs [descendants. Par le partage anticipé l'ascendant obtiendra ce résultat. Il évitera ainsi le morcellement trop grand des propriétés. Les enfants auraient très bien pu ne pas s'entendre sur la composition des lots et les former de parcelles appartenant à des propriétés différentes ou éloignées ; ceci aurait le grand danger de rendre la culture beaucoup plus pénible, peut-être même impossible si les différentes parcelles sont éloignées les unes des autres. Il est vrai qu'il faudrait, pour éviter complètement cet inconvénient du morcellement, permettre non seulement au père de famille de désigner lui-même les immeubles composant chaque lot, mais encore de mettre tous les immeubles dans un seul lot lorsque l'exploitation est petite, à charge, pour l'enfant ainsi alloti, de payer à

ses cohéritiers des soultes en argent. M. de Montalembert disait à la Chambre des pairs (1) que la misère, la pauvreté et la servitude sont les résultats du morcellement illimité du sol et que, suivant la *Revue d'Edimbourg*, on rencontre en Irlande des fermes de 4 à 500 acres qui n'étaient occupées, 40 ans plus tôt, que par un seul fermier et sur lesquelles (en 1826) se trouvaient, dans la misère, 100 ou 150 familles : « le ministre anglais, continue-t-il, a donc eu raison d'attribuer au morcellement indéfini de la propriété foncière, le déplorable état de l'Irlande. »

Chez nous on n'a pas été aussi loin, et la jurisprudence, tout en admettant le partage en nature, s'est toujours refusée, avec juste raison, à l'appliquer aux biens impartageables ou non commodément partageables. La jurisprudence considère, comme difficilement partageable, l'exploitation familiale lorsqu'elle est très restreinte et, c'est à juste titre, car Cambacérès, dans l'exposé des motifs, s'est exprimé ainsi : « Le partage d'ascendant permettra d'éviter les démembrements, de conserver à un des enfants l'habitation qui pourra continuer d'être l'asile commun, réparer les inégalités naturelles et accidentelles (2). » Cette faculté, réclamée par Cambacérès, de laisser à un des enfants l'habitation familiale est d'ailleurs fondée sur les faits en même temps que sur l'intérêt de la société. Dans les familles peu aisées, lors-

(1) 10 février 1826, Loaré, XI, p. 567.

(2) Loaré, *Législation de la France*, t. XI, p. 415, n° 78.

que la maladie vient enlever le père, c'est l'ainé qui aide la mère à gagner de quoi subvenir à la nourriture de la famille, et même, lorsque le père existe, il associe presque toujours son travail au sien ; il est donc juste qu'on lui laisse le toit familial. Quant à la faculté de réparer les inégalités accidentelles et naturelles, pour assurer véritablement au père le moyen de le faire il faudrait supprimer, en notre matière, les articles 832 et 826. L'ascendant est obligé de respecter ces articles et de donner à chacun de ses enfants une part égale dans les immeubles. Il est évident que dans ces conditions, il lui est bien difficile de fournir à ses enfants ce qui leur convient le mieux et de réparer ainsi, autant que faire se peut, des inégalités. Supposons, par exemple, deux enfants dont l'un est commerçant, et l'autre cultivateur. L'ascendant pourra partager sa fortune entre ses enfants au moment, par exemple, où le commerçant se trouve engagé dans une situation périlleuse, sur le point de faire faillite ; il réparera ainsi la situation inférieure dans laquelle il se trouve vis-à-vis de l'autre enfant. Mais il faudrait aller plus loin et permettre à l'ascendant de donner au commerçant ses valeurs mobilières, et au cultivateur ses propriétés foncières. Que va-t-il arriver en effet après le partage ? le commerçant vendra les immeubles qui lui sont échus, pour avoir des capitaux, et le cultivateur achètera de nouveaux immeubles. Ne serait-il pas plus simple et beaucoup plus économique de faire cette opération par l'acte même de partage ? On

s'est fondé pour le soutenir sur les paroles de Bigot-Préameneu lors des travaux préparatoires. Bigot-Préameneu a dit, en effet (1) : « C'est dans l'acte de partage qu'il pourra le mieux combiner et en même temps réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux ses enfants. »

Nous ne croyons, toutefois, pas permis au père de partager ainsi ses biens comme il lui plaît, car les articles 832 et 826 s'appliquent à notre matière et les diverses tentatives faites pour les éluder ont toujours échoué. L'Assemblée nationale (2) a refusé de voter une loi abrogeant, en matière de partage d'ascendant, les articles 832 et 826, et elle l'a refusé sous prétexte que ce serait rétablir, d'une façon indirecte, le droit d'aînesse, ou, tout au moins, créer une sorte de majorat agricole. Il est fâcheux que cette loi n'ait pas été votée ; elle aurait peut-être enrayé un peu le mouvement de dépopulation auquel nous assistons. Le petit ménage dont la culture permet à toute la famille de vivre assez à l'aise ne peut diviser son exploitation entre plus de deux enfants, sans leur donner des parcelles trop petites pour être cultivées ; et encore cette division en deux est possible parce que, en se mariant avec la fille d'un autre ménage, chacun des fils acquerra quelques pièces de terres qui jointes aux siennes formeront une petite culture ; mais les siennes seules seraient insuffisantes et le forceraient à les louer

(1) Locré, *loc. cit.*

(2) *Journal officiel*, séance du 21 juin 1871,

et à s'expatrier pour venir dans les villes chercher du travail.

Nous avons, jusqu'ici, esquissé rapidement les avantages du partage d'ascendant, nous allons voir maintenant les objections qu'on fait contre lui.

On a accusé le partage d'ascendant de servir à dissimuler des avantages excessifs au profit d'un enfant. Cette objection ne nous paraît pas grave ; le cas a en effet été prévu et il y a été remédié par l'article 1079-2^e alinéa. Bigot Préameneu (1) s'exprime ainsi : « Si l'un des enfants était lésé de plus d'un quart ou, s'il résultait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des enfants aurait un avantage plus grand que la loi le permet, l'opération pourra être attaquée par les autres intéressés ». D'ailleurs il est un moyen plus pratique que le partage d'ascendant pour avantager un enfant outre mesure, c'est de lui donner l'avantage en argent ou en titres au porteur de la main à la main. En accusant le partage d'ascendant de faciliter les avantages excessifs, on lui a naturellement reproché de réunir dans une même main des biens considérables. Nous avouons véritablement que nous ne voyons pas le péril signalé par l'objection ; en effet, de deux choses l'une : ou le propriétaire a de la fortune, ou il a peu de chose ; dans le premier cas, il doit faire le partage en nature, dans le deuxième, il peut éviter le partage en nature mais il doit observer la règle de

(1) Locré, t. XI, p. 415.

l'égalité, par conséquent dans les deux cas le partage divise les patrimoines ; comment donc pourrait-il favoriser dans la même main la réunion de domaines considérables ? C'est même le contraire qui arrive. En effet, par le partage ordinaire, les enfants pourraient consentir à laisser à l'un d'eux les exploitations entières moyennant des soultes en argent. Par son partage, l'ascendant ne peut arriver à ce résultat.

Enfin le grand grief contre le partage d'ascendant, est celui de désarmer l'ascendant vis-à-vis de ses enfants. On cite, à l'appui de cette thèse, cette maxime de Loysel :

« Qui le sien donne avant mourir

« Bientôt s'apprête à moult souffrir. »

Mais il est douteux que Loysel vise ici les partages d'ascendants ; en effet, cette maxime est écrite au n° 14 du titre IV, livre IV après celui-ci : donation à cause de mort ne saisit point, et c'est au livre II, t. IV, n° 8, que Loysel parle des partages d'ascendants.

On cite encore cette phrase de Montaigne : « Je ne me veux pas despouiller devant que de m'aller coucher » ; mais ceci est mis dans la bouche d'un homme encore jeune et Montaigne, dans la suite, semble approuver le partage d'ascendant lorsque le propriétaire est âgé, à la condition toutefois que ce partage soit révocable : « Pour un père âgé, dit-il, il se fait tort de couvrir inutilement un grand tas de richesse » et « il doit en extréner volontiers ceux à qui, par ordonnance naturelle, cela doit appartenir. »

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de déclarer les partages d'ascendants révocables pour mettre l'ascendant à couvert contre l'ingratitude de ses enfants ; il suffit, dans l'acte de partage, de les obliger au paiement d'une rente viagère ou de stipuler une réserve d'usufruit ; c'est ce qui a lieu dans presque tous les partages d'ascendants. Il est vrai que certains critiques trouvent cette stipulation illusoire. « Dans les premiers temps tout va bien, la rente est servie exactement, le donateur est entouré de soins, mais peu à peu le souvenir du bienfait s'affaiblit, les charges seules apparaissent, les rentes ou prestations en nature ne sont plus acquittées que de mauvaise grâce » (1).

Les auteurs de ces paroles se sont sans doute laissés emporter par le souvenir trop vif de quelque ingratitude filiale, mais ils n'auraient eu aucune peine à découvrir dans nos campagnes des aïeuls et aïeules respectés et honorés par leurs enfants, assis à la place d'honneur au foyer domestique, entourés de prévenances et de soins. Et, si l'on exige des enfants une perfection complète, il faudrait avoir la même exigence pour les parents. Qu'y a-t-il d'étonnant, en effet, à voir un enfant mépriser dans sa vieillesse celui qui ne s'est nullement occupé de lui quand il pouvait se passer de ses services ? Il ne faut pas oublier, en effet, que si les parents donnent leurs biens à leurs enfants ce n'est pas nécessairement pour leur faire

(1) Beaujean au Sénat, 23 mars 1861.

une libéralité mais, peut-être, uniquement pour se procurer les ressources que leur travail ne leur fournit plus. Le retard apporté par les enfants peut encore s'expliquer autrement et d'une façon très naturelle. Ce serait une grande erreur que de se représenter les enfants dans l'aisance par suite de la donation faite par les parents ; il peut arriver des pertes, des désagréments, et les récoltes ne sont pas toujours bonnes, une épidémie peut sévir sur le bétail, l'enfant lui-même peut tomber malade, toutes ces causes et une foule d'autres peuvent venir amoindrir sa situation, ébranler son crédit ; n'est-il pas naturel après cela que le paiement de la rente due aux parents s'en ressente ? Il est de toute évidence que pour payer cette dette, comme toutes les autres, il lui faut de l'argent ; s'il n'en a pas, le paiement souffrira nécessairement des difficultés et des retards. L'ascendant pourra comme tous les autres créanciers obtenir son paiement en justice, et comme dernière ressource il aura la révocation pour inexécution des charges, ou, si aucune charge n'a été stipulée, révocation pour ingratitude dans le cas où, ayant besoin d'une pension alimentaire, elle ne lui serait pas fournie.

Ces objections n'ont d'ailleurs pas prévalu et de nombreuses législations reconnaissent formellement le partage d'ascendant ; telles sont, outre notre législation actuelle, celle de l'ancien droit français et le droit romain.

PREMIÈRE PARTIE

ORIGINE HISTORIQUE

I

DROIT ROMAIN.

L'ancien droit romain ne contient rien de spécial sur le partage d'ascendant. Le père pouvait disposer, à son gré, de ses biens par son testament, mais évidemment il lui fallait respecter les formes ordinaires de cet acte, et ses enfants recueillaient ses biens comme héritiers institués. Le partage par donation lui était complètement impossible.

Constantin, par une disposition expresse, ordonna que le testament du père contenant partage de ses biens entre ses enfants (1), même lorsqu'il serait entaché d'un vice de forme, serait néanmoins exécuté, « *ut et memoriam defuncti non violetur parentis* ». Les magistrats devaient tenir compte de la volonté du père de famille

(1) Loi 24 au code Théodosien, 2-24.

et attribuer les biens selon ses indications. Il est probable que Constantin, par cette disposition, a transformé en droit un usage déjà ancien. Justinien, nouvelle 18, ch. 7, constate que ces partages, seulement indiqués par le père de famille, donnaient lieu à beaucoup de procès ; pour éviter ces procès, il ordonna aux pères de famille d'indiquer les dispositions du partage, total ou partiel, dans un testament public ou, s'ils ne veulent pas agir par testament public, d'écrire leur partage en entier de leur main, et de le faire signer par leurs enfants. De la sorte, ajoute-t-il, aucune contestation ne pourra se produire à la mort de l'ascendant. Il faudrait se garder de voir dans ce texte un partage testamentaire, ce n'est, au contraire, qu'un simple projet, fait par le père de famille, et il tirera sa force uniquement de la consécration donnée par le magistrat, il faudra de toute nécessité faire prononcer par ce dernier le partage opéré par le père, sans cela, il n'y aura pas transmission de propriété. Justinien nous le prouve par sa disposition même, loi 26, titre 36, livre 3, où il reproduit la loi de Constantin nous disant que le testament imparfait, contenant partage, sera exécuté bien que la succession *ab intestat* soit ouverte. Pour trouver le partage testamentaire opérant par lui-même transport de la propriété, il faut se reporter à la nouvelle 107. Dans cette nouvelle, Justinien ne reproduit plus l'idée d'exécution du partage, en vertu de la sentence du juge, il nous montre par là même que le testament opère, par sa

force, mutation de propriété. Si quelqu'un, dit-il, veut faire un testament *inter liberos*, il doit inscrire d'abord, de sa propre main, la date du testament, ensuite les noms des enfants, et enfin, en toutes lettres et non en chiffres, les portions pour lesquelles il les institue héritiers, afin que ces dispositions soient en tout point claires et indubitables.

De ce que ce testament est un testament privilégié il faut en conclure : 1° que les seuls ascendants pouvaient faire le partage de leurs biens par testament ; et 2° que les bénéficiaires de ce testament devaient être les enfants et non des étrangers.

Il faut au père, pour pouvoir agir, la capacité de laisser une hérédité ; et il faut au fils celle d'en recueillir une.

Si maintenant un enfant était omis, il aurait le droit de réclamer sa légitime, mais non pas celui de faire tomber le partage.

Les partages peuvent être partiels, Justinien nous le dit expressément.

Les lots peuvent être inégaux, et les enfants ne peuvent s'en plaindre que si le partage porte atteinte à leur légitime et, dans ce cas, l'enfant aura seulement droit au complément de sa légitime.

Ce partage donnait lieu à garantie : à partir de Justinien en vertu du partage. Avant lui par suite de l'adjudication prononcée par le juge.

Quant à la répartition des dettes, si rien n'avait été

stipulé, chaque enfant les supportait proportionnellement à sa part héréditaire.

Outre le testament pouvait-on aussi faire un partage par acte entre vifs ?

Du jour où il a été permis au père de faire des donations à ses enfants en puissance, on a pu leur partager les biens, par donations à cause de mort. Septime Sévère a même dispensé ces donations du rapport, pourvu qu'elles fussent confirmées par testament. Antonin les a dispensées de la mancipation et de la tradition en leur donnant effet par suite du seul consentement des parties (1).

Ulpien rapportant l'avis de Papinien nous montre, loi 28, l. 10, t. 2, au Digeste, un père qui a partagé ses enfants sans écrit, avec répartition de ses dettes ; il n'y a pas là, d'après Papinien, une simple donation, mais un partage de dernière volonté. Ainsi nous sommes en présence d'un partage fait par acte entre vifs, seulement, comme les fils de famille ne peuvent recevoir de donations irrévocables, ils ne seront définitivement propriétaires qu'au décès du père ; et si l'un des enfants, dit le texte, refuse d'exécuter le partage, les autres auront contre lui l'action *prescriptis verbis*, comme s'ils avaient opéré un échange, pourvu que les choses aient été divisées.

Constantin, parlant d'une mère (2) ayant donné l'ordre

(1) La loi 4 au code Théodosien, l. 8, t. 12.

(2) La loi 2 au code Théodosien.

à ses enfants de se partager ses biens, ajoute que ce partage sera validé de toute manière, si toutefois, il apparaît que la mère a persévéré jusqu'au dernier moment dans sa volonté. Il est cependant abusif de désigner ce partage sous le nom de partage entre vifs, en réalité comme le partage testamentaire, c'est un partage par acte de dernière volonté, il n'y a pas de dessaisissement du vivant de l'ascendant donateur.

II

ANCIEN DROIT.

CHAPITRE PREMIER

PARTAGES D'ASCENDANT.

Du droit romain, ces deux formes de partage d'ascendant passèrent dans notre ancien droit, avec une forme spéciale pour les pays de coutume : la démission de biens, véritable partage par acte entre vifs. L'ordonnance de 1735 vint unifier cette matière et imposer par son article 17, aux ascendants qui voulaient faire un partage, ayant effet seulement à leur mort, l'emploi d'un acte authentique ou d'un acte privé, entièrement écrit, daté et signé de leur main. Toutefois cette ordonnance n'imposa pas cet acte aux pays dont les coutumes ne le reconnaissaient pas ; mais, dans ces pays, la pratique ne tarda pas à en admettre l'emploi. Certaines coutumes, comme celle d'Amiens, accordaient aux collatéraux eux-mêmes, la faculté de faire des partages anticipés, cette

faveur ne pouvait être d'ailleurs concédée par une coutume que d'une façon expresse (1).

Quelques coutumes exigeaient, comme condition essentielle de la validité du partage, la survie de l'ascendant, à la confection de l'acte, pendant un certain temps, 20 jours en Bourgogne ; on finit, toutefois, par l'exiger seulement dans le cas où l'inégalité était rompue par le testament. Cette condition de survie, condition de statut personnel, était exigée dans la crainte que la faiblesse d'esprit du mourant ne se prêtât à la suggestion et à l'erreur.

L'acceptation des descendants n'était pas nécessaire, car l'acte n'avait rien de contractuel. On aurait dû empêcher les parents de disposer de leurs propres, puisque les coutumes les déclaraient indisponibles : on n'alla cependant pas jusque-là.

Certaines coutumes, par exemple celle d'Artois, exigeaient le consentement des enfants pour la disposition des propres, on tourna la prohibition de la façon suivante : Le père léguait les acquêts et les meubles à un de ses descendants, puis il distribuait sa fortune entre ses enfants, stipulant que le legs du disponible serait non avenu si ses enfants voulaient respecter le partage ; on alla même jusqu'à supposer cette option lorsqu'elle n'était pas exprimée par l'ascendant. Lebrun attaqua ce système, L. II, ch. IV, n° 10, car il donnait indirectement au père la disposition d'une chose indisponible.

(1) Lebrun, *Succ.*, livre IV, chap. I, n° 11.

A la différence du droit romain, l'ancien droit n'autorisait pas le partage partiel, car le partage d'ascendant est une ouverture anticipée de succession ; or la succession est une et ne peut par conséquent s'ouvrir qu'à un seul moment. Ce principe aurait dû amener nos anciens auteurs, à déclarer nul le partage d'ascendant, lorsqu'au décès il se trouvait quelques biens non partagés dans le patrimoine, mais cette conséquence ne fut jamais admise.

Le partage anticipé était toujours révocable, sauf toutefois lorsqu'il avait été fait par contrat de mariage ou encore par le père et la mère dans un seul et même acte, d'une façon indivisible ; dans ce cas le décès du prémourant rendait l'acte irrévocable, car permettre la révocation du partage du survivant, c'était prononcer la révocation de l'autre.

On discute aussi sur le point de savoir si le fait par l'ascendant d'avoir consenti la tradition de son vivant ou d'avoir laissé les donataires entrer en possession des biens partagés n'était pas une renonciation au droit de révocation. Loysel (*Inst. cout.*, l. II, t. IV, règle 8) voyait là une simple possession précaire et exigeait, pour la perte du droit de révocation, une renonciation formelle.

Le partage fait par testament n'en laissait pas moins subsister la vocation *ab intestat* et les enfants recueillaient, non comme légataires, mais comme héritiers (1).

(1) Lebrun, *op. cit.*, l. IV, ch. I, n° 11.

Etant héritiers ils payaient les dettes proportionnellement à leur vocation héréditaire.

Etaient-ils tenus à garantie les uns envers les autres ?

L'opinion la plus accréditée répondait affirmativement sans distinguer les coutumes de préciput ou celles d'égalité (1). D'autres auteurs la refusaient toujours. Furgole distingue le cas où l'éviction a précédé la délivrance, alors il y a lieu à garantie ; et celui où elle n'a pas précédé, alors il n'y a pas lieu à garantie. Ailleurs il distingue entre le cas où il y a eu ou non institution d'héritier avant l'attribution des biens (Cette deuxième distinction ne peut naturellement être proposée que dans les pays de droit écrit) (2).

Voyons maintenant dans quelles conditions notre ancien droit permettait d'attaquer les partages anticipés.

Il faut sur ce point distinguer entre les coutumes de préciput et les coutumes d'égalité.

Dans les premières il est permis d'agir pour lésion de plus du quart, mais ce n'est pas une action en rescision, c'est une action en complément de réserve.

Les coutumes d'égalité parfaite devaient admettre l'action en rescision pour une différence moindre du quart, sans cela l'ascendant aurait eu le moyen de tourner la défense de faire des avantages aux enfants, d'un autre côté, exiger l'égalité absolue, c'était rendre le partage d'ascendant impossible. La coutume de Bretagne

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n° 67.

(2) Furgole, *Testaments*, ch. VIII, sect. 1^{re}, n° 165 et suiv.

avait fixé la lésion à $1/6$. Pour les coutumes où aucune quotité n'était fixée il fallait une lésion appréciable. D'Argentré avait soutenu que l'inégalité devait être tolérée seulement en cas d'erreur et jamais en cas de fraude, mais ce système n'a pas prévalu, il offrait un prétexte trop facile pour attaquer le partage d'ascendant.

Que décider maintenant pour les coutumes muettes sur la matière des partages d'ascendant ?

Dans les coutumes de préciput, l'introduction de ces sortes de disposition fut très facile et on tolérait la lésion de $1/4$.

Quant aux coutumes d'égalité parfaite, la question était plus délicate.

On proposa d'abord de ne pas autoriser ces partages, car un enfant mal intentionné pourrait toujours se prétendre lésé et les faire tomber ; mais comme les partages avaient le grand avantage de régler la succession du vivant de l'ascendant, on les adopta et, avec eux, la distinction de d'Argentré entre le cas de fraude et le cas d'erreur. Dans le cas de fraude ils n'étaient valables que s'ils étaient faits dans les formes du droit commun et respectaient la réserve et la légitime (Lebrun, *loc. cit.*, l. IV, ch. I, n° 11).

L'égalité en nature devait-elle être respectée ?

Il y avait sur ce point controverse, mais en général on tenait pour l'affirmative.

Telle était la législation du partage anticipé dans notre ancien droit.

CHAPITRE II

DÉMISSION DE BIENS.

Le partage anticipé, s'il permettait à l'ascendant de partager son patrimoine entre ses héritiers et d'éviter ainsi les querelles suscitées souvent par la jalousie et la cupidité, ne lui permettait pas toutefois de donner de son vivant la propriété de ses biens. L'ascendant pouvait, il est vrai, en laisser l'administration à ses enfants, mais en droit il en restait propriétaire ; lui seul pouvait aliéner, hypothéquer, consentir des servitudes et opérer des échanges ; il y avait là une lacune dans la législation et, pour transférer à ses héritiers la propriété de ses biens, le père de famille devait recourir à la donation entre vifs par laquelle il se dépouillait irrémédiablement, et encore n'y avait-il plus de partage, mais simple donation devant être rapportée au décès du donateur. Avant 1731 celui-ci pouvait agir aussi par les donations à cause de mort, mais elles ont été interdites par l'ordonnance de 1731, et les donations à cause de mort n'ont jamais été reçues en coutumes. Dans les pays de coutume la démission de bien au contraire permettait aux ascendants et aussi aux collatéraux de se décharger de leur patrimoine et de régler leur succession.

Cette façon d'agir était surtout fréquente chez les petites gens, à la campagne, et elle était presque inconnue aux collatéraux. « Les démissions, dit Ferrière (*Science des notaires*, t. I, p. 781), se font rarement par d'autres que des pères et mères ou autres ascendants et ne se pratiquent guère qu'entre gens d'un état très médiocre qui abandonnent leurs biens à leurs présomptifs, héritiers pour se mettre à couvert de l'imposition de la taille et pour s'assurer de quoi vivre en repos le reste de leurs jours. »

La démission de biens pouvait se faire par acte sous seing privé ou par acte notarié. La volonté du démettant devait être certaine et constante, de plus il devait être capable de transmettre sa succession ; ainsi les religieux, les aubains, les morts civils ne pouvaient faire de démission.

Quant au démissionnaire, la capacité d'accepter la démission lui suffisait ; toutefois, comme il pouvait se trouver engagé à payer des dettes, on exigeait, s'il était mineur, que son tuteur fût autorisé par le conseil de famille.

« La démission des biens est, dit Ferrière dans son *Traité de la science des notaires*, une disposition par laquelle un homme poussé par l'affection du sang, dans la vue d'imiter l'ordre naturel des successions et de prévenir le cas de la mort, se dépouille et se démet de son vivant pour en saisir, par anticipation, ses héritiers présomptifs et les rendre, par ce moyen, possesseurs actuels et propriétaires des biens d'une succession dont ils n'auraient que l'espérance. »

La démission de biens est donc un acte par lequel un individu se dépouille actuellement de l'universalité de ses biens ; c'est donc un mode de disposer « à titre universel » et c'est là un des caractères essentiels de notre institution, car, disent les auteurs, le droit d'hérédité est universel ; toutefois il ne faudrait pas pousser trop loin ce principe et interdire au démettant de se réserver quoi que ce soit ; au contraire Ferrière dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, nous dit que l'ascendant peut se réserver quelques meubles pour son usage et même la faculté de disposer par testament ou autrement de quelques effets. « Ladite dame s'est volontairement démise par anticipation de succession... de tous les biens, sommes principales, arrérages, intérêts échus et autres effets généralement quelconques qui appartiennent à ladite dame sans aucune exception ni réserve sinon des meubles meublants qu'elle se réserve (*Science des not.*, p. 783). »

Non seulement la démission doit porter sur tous les biens, mais encore elle doit être faite dans la forme universelle parce qu'une démission est une succession anticipée, et une succession ne se défère qu'à titre d'universalité.

Ces biens doivent être donnés aux héritiers comme la loi les leur attribue *ab intestat* et non pas en une qualité que ces biens ne pourraient recevoir par testament. « Ce qui serait un propre étant donné par testament est aussi un propre quand il échet par démission » (Ferrière).

N'étant que l'ouverture anticipée de la succession

telle qu'elle est régie par la loi, la démission de biens ne saurait être faite à un individu autre que l'héritier immédiat du démettant. De plus elle doit être faite à tous les héritiers présomptifs venant de leur chef ou par représentation. Si l'un des démissionnaires meurt en laissant des descendants, ces descendants prennent sa part par représentation ; s'il décède sans postérité, sa part accroît aux démissionnaires survivants qui, nonobstant le partage effectué par le démettant, sont toujours censés avoir été saisis à titre universel des biens démis ; si enfin l'on suppose le démissionnaire seul héritier, et mort sans postérité, ses biens reviennent au démettant.

Alors surgit une grave question qui se pose non seulement dans ce cas, mais encore dans tous ceux où la démission se trouve révoquée, comme, par exemple, par la survenance d'un enfant lorsqu'il s'agit d'une démission collatérale ; ou encore si le démissionnaire est exclu de la succession.

Que vont devenir les constitutions de droits réels et les aliénations consenties par le démissionnaire ? Il faut nécessairement les déclarer caduques ; en effet la démission étant une anticipation de succession exige nécessairement la survie des héritiers, et par conséquent, s'ils prédécèdent, la condition essentielle à laquelle était soumise la démission faisant défaut, cette dernière tombe et, avec elle, s'éteignent les constitutions de droits réels, et les aliénations faites par le démissionnaire sont résolues, car pour aliéner ou constituer un droit réel, il

faut être propriétaire, or le démissionnaire est censé ne l'avoir jamais été. Toutefois Ferrière nous dit dans son *Dictionnaire* que le parlement de Rouen admet les créanciers hypothécaires à poursuivre les effets de leur hypothèque lorsque la révocation n'a pas été opérée par la volonté du démettant et par conséquent est la suite d'un cas fortuit.

La règle d'après laquelle tous les héritiers doivent être démissionnaires aura-t-elle pour conséquence de faire tomber la démission s'il survient un enfant au démettant ? Sur ce point il faut distinguer : les démissionnaires sont-ils les héritiers directs du démettant ? la naissance d'un enfant ne sera pas une cause de nullité, car sa survenance ne détruit pas la volonté que le père a eue de se démettre de ses biens en faveur de ses enfants ; seulement l'enfant survenu après la démission ayant droit de par la loi de prendre sa part comme les autres, on présume que telle a été la volonté de l'ascendant, et cet enfant aura seulement droit à sa part.

Les démissionnaires au contraire sont-ils les héritiers collatéraux du démettant ? dans ce cas la démission tombe, car ce ne sont plus les démissionnaires qui sont appelés à la succession du démettant par la loi, mais bien l'enfant qui vient de naître.

La démission doit être faite à tous les héritiers présomptifs du démettant et rien qu'à eux, elle doit porter sur tous les biens, être faite à titre universel et conformément aux lois des successions *ab intestat*. Mais est-

il permis d'y faire des lots inégaux ? A ce sujet, il faut distinguer les coutumes d'égalité et les coutumes de préciput. Dans les coutumes d'égalité la démission ne doit pas contenir de partage, ou du moins, si elle en contient un, il doit donner à chacun ce qu'il aurait recueilli dans la succession *ab intestat* ; ainsi le démettant peut déclarer se démettre de tous ses biens en faveur des démissionnaires, sans rien ajouter de plus et alors le partage sera ensuite provoqué par les démissionnaires, ou bien il peut ensuite partager ses biens entre eux mais alors il doit avoir soin de ne pas les avantager les uns au détriment des autres. S'il y a un avantage la démission de biens sera annulée en cas de fraude ; mais, si l'avantage est dû à l'erreur, il y aura seulement rétablissement de l'égalité.

Dans les coutumes de préciput on appliqua à ce partage les règles du partage d'ascendant. Lorsque la démission était faite par un collatéral, l'égalité devait être complète ; la démission au contraire était-elle faite par un ascendant, alors les parts pouvaient être inégales et le partage ne pouvait être rescindé pourvu que tous aient au moins leur légitime, et même dans les cas où leur légitime aurait été atteinte, ils pouvaient seulement en réclamer le complément. Si le démettant en ligne directe (pour le collatéral la question ne se pose pas, car il doit toujours maintenir l'égalité) a des biens dans les pays d'égalité et dans ceux de préciput, il doit se conformer à la loi du pays de la situation, car la démission appartient au statut réel comme la succession.

Si le démettant, tout en ayant l'intention de maintenir l'égalité, avait, par erreur, dans le partage, fait des lots inégaux et ainsi avantagé indirectement un de ses héritiers, il ne fallait pas déclarer la démission nulle, le partage seul pouvait être attaqué et l'héritier lésé pouvait en demander un autre conforme à la volonté du démettant.

A quelle époque faut-il se placer pour savoir si l'égalité a été observée ?

D'après Ferrière (*loc. cit.*), il faut se reporter, non pas au temps de la démission, mais à celui de la succession, car c'est à ce moment seulement que le démissionnaire est saisi définitivement et incontestablement. En partant de ce même principe, il décidait que la perte ou la dépréciation de la portion d'un des démissionnaires, depuis le partage, entraînait, pour ses co-démissionnaires, l'obligation de l'indemniser. On devrait logiquement dire que si, par suite d'un cas fortuit, quelque bien avait augmenté de valeur, l'enfant, dans le lot duquel ce bien a été placé, devrait en faire profiter ses co-démissionnaires sous peine de voir annuler le partage. Mais ces solutions ont le grand inconvénient d'exposer les partages les mieux conçus et les plus réguliers à la nullité.

Et d'ailleurs cette solution était-elle bien juridique ? Un certain nombre d'auteurs la rejetaient comme portant atteinte à ce grand principe de droit : « la chose périt pour le propriétaire » ; or il est incontestable que le démissionnaire était propriétaire, il pouvait bien cesser

de l'être par suite de la révocation, mais jusque là il l'était. Aussi Boullenois (1) faisait la distinction suivante : s'agissait-il de déterminer la part des démissionnaires ? Il fallait se reporter au moment de la mort du démettant, car à ce moment seul on peut connaître les héritiers. S'agissait-il, au contraire, de savoir si chaque démissionnaire a reçu le lot auquel il a droit ? Alors il fallait se placer au moment de l'acte car si le partage est bien fait, il ne peut être vicié par une cause étrangère à la volonté du démettant.

A quel moment la démission des biens produit-elle ses effets ? Elle doit avoir un effet présent, nous dit la définition. En cela elle se sépare des donations à cause de mort, celles-ci n'ont d'effet qu'à la mort du donateur et jusque-là celui-ci peut rester en possession de ses biens et jouir de ses revenus. Dans la démission de biens il n'en est nullement ainsi, il y a un dessaisissement actuel, le démettant est, par fiction, réputé mort du jour de la démission. Toutefois on n'assimilait pas, à tous points de vue, en vertu de la règle *nulla est viventis hereditas*, les démissionnaires à des héritiers. Ils ne représentaient donc pas la personne du démettant et par là même n'étaient pas tenus de ses dettes ou, tout au moins n'en étaient tenus qu'en tant que ces dettes étaient une charge des biens compris dans la démission, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur des biens, car *non sunt bona nisi deducto cere alieno*. Dans l'usage les

(1) Quest. 7, p. 172.

démissions contenaient un état des dettes du démettant et le démissionnaire s'obligeait à payer les dettes au moins jusqu'à concurrence du montant des biens de la démission (1).

Quant aux dettes contractées par le démettant, postérieurement à la démission, les démissionnaires n'en sont tenus qu'autant qu'ils acceptent la succession et ils peuvent s'y soustraire en renonçant.

On ne pourrait objecter que les démissionnaires, en acceptant la démission, ont du même coup accepté la succession et par conséquent ne peuvent revenir sur cette acceptation. Une succession ne peut en effet être acceptée avant d'être ouverte et elle est ouverte seulement par la mort, par conséquent, les démissionnaires doivent être absolument libres de renoncer à la succession et de garder les biens provenant de la démission, sur lesquels, on ne saurait le nier, les créanciers ne devaient pas compter. Les biens, que le démettant peut avoir acquis depuis, forment une succession particulière qui n'a rien de commun avec les biens démis (Ferrière) (2).

Boullenois (3) qui soutient cette opinion, cite, à l'appui, un arrêt du 9 août 1683, et Ferrière exige seulement que la démission ait été rendue publique par l'insinua-

(1) Ladite dame n'entendant s'en réserver aucuns et déclare que tous les dits biens ne sont chargés d'aucune dette ni hypothèque à la réserve de de rente qu'elle doit à A l'effet du présent délaissement la dite dame a présentement remis et délivré aux dits sieur et damoiselle... ses enfants ». Ferrière, *Science des notaires*, Edition revue par Devisme, t. I, l. VII, ch. XIII, p. 183.

(2) *Dictionnaire de droit et de pratique* au mot *Démission*.

(3) Question 15, p. 220.

tion. Pothier (1), toutefois est d'un avis différent, car il dit : l'acte de démission ne peut passer pour une donation puisque l'ordonnance de 1731 n'admet d'autres donations que les donations entre vifs et testamentaires ; elle n'est donc faite que comme anticipation de succession et, par cela même, sous la condition que le démissionnaire sera héritier du démettant. En renonçant à la succession le démissionnaire fait défaillir la condition sous laquelle il a été appelé au bénéfice de la démission, celle-ci doit donc s'évanouir et le démissionnaire doit en restituer le montant. Quant à l'arrêt, ajoute Pothier, il n'a pu regarder la démission comme une donation, car, à cette époque, la jurisprudence, confirmée par l'ordonnance de 1731, ne reconnaissant pas d'autres donations que celles revêtues des formes des donations entre vifs et testamentaires, n'était pas encore bien établie.

Il nous reste à voir une dernière condition de la démission de biens, c'est celle de la révocabilité. La révocabilité est ici de l'essence de l'acte, elle tient à l'ordre public et par conséquent le démettant ne saurait y renoncer. Cette solution est fondée, dit Ferrière, sur ce que « en fait de dispositions qui se font en vue de la mort, la volonté de l'homme est ambulatoire » (2). On a donné aussi un autre motif à cette faculté de révocation : il ne faut pas exposer ceux qui sont assez faibles pour se dépouiller de leurs biens de leur vivant, à s'en repentir

(1) Cout. d'Orléans, titre 17, appendice, § 1, n° 15.

(2) *Loc. cit.*

plus tard par suite de l'ingratitude de leurs héritiers. Et cette invocabilité subsistera quelque long que soit le temps depuis lequel la propriété des biens démis a été transférée au démissionnaire, car le temps ne peut changer le titre en vertu duquel on possède. La même solution devrait être admise même pour le cas où la démission aurait été déguisée sous le nom d'un autre contrat, la qualification d'un acte ne saurait en effet changer la nature de cet acte. Du moment que les parties ont voulu faire une démission et ont rempli toutes les conditions requises pour cela, cette démission doit nécessairement être révocable. Toutefois, cette règle souffre exception dans le cas où la démission a été faite par contrat de mariage. Quelques auteurs, frappés des inconvénients de la révocation, avaient voulu introduire un autre cas d'irrévocabilité, celui où le partage a été exécuté entre les démissionnaires, mais leur opinion ne prévalut pas.

Supposons maintenant que le démettant use de son droit de révocation, que va-t-il se passer? Les biens, objet de la démission, vont lui revenir francs et quittes de toutes charges ou hypothèques, tous les droits réels consentis par les démissionnaires s'évanouiront, toutes les aliénations opérées par eux seront résolues, en un mot les enfants seront censés n'avoir jamais été propriétaires. Les tiers auront-ils le droit de se plaindre de cette révocation? Non, car en contractant avec les démissionnaires ils ont connu la fragilité des droits de ces derniers.

D'ailleurs il est probable que tout en défendant les renonciations au droit de révocation en général, les coutumes n'empêchaient pas les démettants de renoncer, lors de la vente d'un des biens démis, au droit de l'atteindre par la révocation générale ; de même pour l'hypothèque, il est également probable que le démettant pourrait par son intervention à l'acte d'affectation hypothécaire s'engager à respecter cette donation en cas de révocation. Les démissionnaires eux-mêmes sont exposés à souffrir de la révocation. Supposons en effet qu'ils aient fait des réparations, des améliorations aux immeubles démis, ne leur devra-t-on aucune indemnité ? On devra les indemniser, non seulement de leurs dépenses nécessaires, mais encore de leurs dépenses utiles car ils ont été des possesseurs de bonne foi et même ils sont encore beaucoup plus intéressants que les possesseurs de bonne foi.

On peut voir par tout ce qui précède combien la démission de biens diffère du partage anticipé, et d'abord, hâtons-nous de le dire les pays de droit écrit n'ont jamais connu la démission de biens ; et dans les pays de coutumes, les partages anticipés ne paraissent pas avoir été bien nombreux, car Ferrière dans la *Science des notaires* (1) nous parle de la démission et en donne une formule ; or il ne nous donne pas de formule du partage anticipé, et même, il n'en parle pas.

(1) *Loc. cit.*, p. 783.

Le partage anticipé diffère de la démission de biens en ce que :

1° Il se fait sans avoir besoin d'être accepté du vivant du père ;

2° Parce qu'il n'a pas un effet présent

III

LÉGISLATION INTERMÉDIAIRE.

Comme nous venons de le voir, les coutumes et le droit écrit permettaient aux ascendants, quelquefois même aux simples collatéraux, de distribuer leur succession entre leurs héritiers. Cette faculté a, sans aucun doute, subsisté jusqu'à la révolution, mais faut-il dire, avec quelques auteurs, que cette faculté a été enlevée par les lois de la période révolutionnaire ? Nous ne le croyons pas. Un décret du 7 mars 1793 abolit la faculté de tester en ligne directe et la loi du 17 nivôse an II dans son article 1^{er} ordonne que « les successions des père et mère ou autres ascendants et des parents collatéraux, ouvertes depuis et compris le 14 juillet 1789 et qui s'ouvriront à l'avenir seront partagées également entre les enfants, descendants ou héritiers en ligne collatérale nonobstant toutes les lois, coutumes, donations, testaments et partages déjà faits » et l'article dans son 2^e alinéa interdit aux héritiers de retenir, en renonçant à la succession, les avantages qui ont pu leur être faits. Cette loi interdit-elle les partages d'ascendants ? Nous ne le croyons pas ; tout d'abord les démissions de biens ne sont certainement pas prohibées, lorsqu'elles ne sont

pas accompagnées de partage et nous croyons qu'il en est de même du cas où elles sont suivies d'un partage. On objecte, il est vrai, la défense de rompre l'égalité, en faisant remarquer que c'est par là même rendre le partage d'ascendant impossible. Nous ne saurions admettre cette affirmation, dans notre ancien droit certaines coutumes d'égalités parfaites étaient muettes sur la question du partage d'ascendant et, malgré cela, cet acte fut admis dans la pratique. Pourquoi serait-il impossible de l'admettre sous la législation de l'an II? ne pourrait-on pas appliquer, là aussi, la théorie de d'Argentré distinguant entre le cas où l'inégalité vient de l'erreur et celui où elle naît de la fraude, annulant seulement l'acte dans ce dernier cas. On a objecté aussi, pour le partage fait par démission de biens, que, d'après les théories des coutumes d'égalité parfaite, lorsqu'un des biens donnés périssait, l'enfant dans le lot duquel ce bien était placé en supportait la perte sans pouvoir exercer de recours contre ses co-démisionnaires, l'égalité se trouvait ainsi rompue. Nous répondons que cette solution était très discutée, et beaucoup d'auteurs obligeaient les co-héritiers à indemniser celui d'entre eux qui aurait subi une perte sans sa faute. La Cour de cassation a d'ailleurs considéré comme valables les partages d'ascendants faits sous l'empire de la loi de l'an II (1). La

(1) 11 décembre 1816, S. 1816.1.261. De plus la pratique paraît s'être décidée aussi pour la validité des partages d'ascendants sous l'empire de cette loi. Nous avons vu en effet deux actes de démission de biens dres-

loi du 4 germinal an VIII modifie celle de l'an II, mais elle ne contient pas non plus de dispositions sur les partages d'ascendants.

sés par M^e Pieffort, notaire public au district d'Abbeville, résidant en la commune d'Ault, prédécesseur médiat de M^e Devisme, notaire au dit lieu, le 1^{er} le 24 frimaire an III, et le 2^e le 24 vendémiaire an VIII.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE.

Peu après le Code civil vint régler cette importante matière (chapitre VIII, art. 1075 à 1080 inclusivement).

Le projet interdisait expressément les démissions de biens révocables, mais cette disposition a été supprimée dans la rédaction définitive. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison de le dire, puisque, le Code civil, réglant la matière, tout ce qu'il n'autorisait pas était par le fait même prohibé.

Lors de la discussion au Conseil d'État on supprima l'article 156 du projet, ainsi conçu : « Le partage sera encore nul si les père et mère et autres ascendants ont fait, à titre de préciput, une disposition, soit entre vifs soit par testament, au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfants ou descendants. » En proposant cet article et un autre article portant le n° 157 ainsi conçu : « le partage fait par l'ascendant ne pourra être attaqué que dans les seuls cas où l'un des copartagés offre de prouver qu'il contient une lésion de plus du quart à son préjudice. »

Bigot-Préameneu a dit que la section de législation a craint de voir les ascendants user du droit de faire des

partages, pour avantager certains enfants au détriment des autres. Afin d'éviter cet inconvénient, on a admis la rescision pour lésion du tiers au quart. On doit toujours, répond un orateur, supposer chez le père le désir d'être équitable et non celui de vouloir encore augmenter par le partage des avantages déjà faits à un de ses héritiers. S'il voulait y arriver, il pourrait prendre des moyens indirects le menant plus sûrement à son but. Le père, lui fut-il objecté, qui a déjà fait des avantages par donation à un enfant, lui en fera encore certainement par le partage, et le meilleur moyen d'empêcher la loi d'être tournée serait d'interdire cet acte à tout ascendant ayant déjà disposé par préciput en faveur d'un de ses héritiers.

Ces deux articles furent votés, mais le 1^{er} sauf changement dans la rédaction et on les fusionna en un seul texte.

« Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart et dans le cas où il résulterait soit du partage même, soit du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait une lésion de plus du quart. »

Le tribunal proposa à son tour la rédaction suivante :

« Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart, il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. »

Nous allons maintenant étudier les dispositions du

Code civil sur les partages d'ascendants, en trois chapitres :

Chapitre I^{er}, conditions du partage d'ascendant.

Chapitre II, effet de cet acte.

Chapitre III, cause de nullité.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DU PARTAGE.

Les unes se réfèrent à la capacité des parties, section 1^e.

D'autres à la forme de l'acte, section 2^e.

Les 3^e aux modalités qui peuvent y être apposées, section 3^e.

Enfin d'autres aux biens qui peuvent faire l'objet du partage, section 4^e.

SECTION I. — Capacité des parties.

§ 1^{er}. — Quelles sont les personnes qui peuvent faire un partage d'ascendant ?

L'article 1075 est ainsi conçu : « Les père et mère et autres ascendants pourront faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens. »

D'après ce texte, la loi accorde aux père et mère la faculté de partager leurs biens entre leurs enfants, mais il ne parle pas des collatéraux et on s'est demandé si les termes de notre article sont limitatifs ou bien plutôt s'ils ne sont pas énonciatifs. Pourquoi en effet les considérer comme limitatifs, n'est-il pas de principe que les

parties peuvent faire entre elles toutes les conventions non interdites par la loi. Or il n'y a aucune disposition restrictive à ce sujet, pourquoi donc vouloir donner à l'article 1075 un caractère limitatif ?

Si d'ailleurs l'article 1075 parle seulement des père et mère et autres ascendants, c'est par tradition, c'est parce que ses auteurs se sont inspirés des articles 17 et 18 de l'ordonnance de 1735. Dans notre ancien droit en effet les collatéraux ne pouvaient faire de partage d'ascendant que sur une concession expresse des coutumes. Cela tenait au caractère privilégié des partages d'ascendants, aujourd'hui il n'en est plus de même ; ces partages empruntent non plus des formes privilégiées, mais les formes de droit commun, ils doivent donc être permis à tous. D'ailleurs les partages anticipés sont aussi utiles aux collatéraux qu'aux ascendants, les leur interdire serait donc une véritable injustice.

Le silence du Code sur ce point s'explique d'ailleurs très facilement, il fallait une disposition expresse pour permettre cet acte aux ascendants, car une partie de leur patrimoine devrait toujours rester dans l'indivisibilité, puisque la loi la déclare indisponible et la réserve pour les héritiers en ligne directe. Vis-à-vis des collatéraux, au contraire, cet obstacle n'existe pas, ils ont la disposition pleine et entière de leur patrimoine et par conséquent il n'y a aucun doute sur la validité des partages qu'ils peuvent faire, voilà pourquoi la loi ne s'est pas expliquée à leur sujet. Il n'y a pas à supprimer d'entraves là où la liberté est absolue.

Cette argumentation, quelque forte qu'elle paraisse, n'a pas prévalu. Les partisans de l'extension aux collatéraux du bénéfice du partage d'ascendant se prévalent de la faculté accordée à tout individu, de faire n'importe quel acte, pourvu que cet acte ne soit pas interdit par un texte. Mais précisément le partage d'ascendant est interdit par un texte précis, c'est l'article 791 aux termes duquel sont prohibés les pactes sur succession future, et il a fallu l'article 1075 pour lever la prohibition en faveur des ascendants. De plus qu'est-ce qu'un partage, sinon un acte par lequel on sort de l'indivision ? donc un partage suppose l'indivision, mais où est-elle dans le partage d'ascendant ? nous y voyons des copartagés, mais nous n'y voyons pas de copropriétaires, le propriétaire unique c'est l'ascendant. La copropriété des enfants ne peut se baser que sur une fiction, or les fictions sont de droit étroit et, par là même, on ne saurait étendre leur champ d'application. De plus les partages sont ou amiables ou judiciaires, les partages amiables sont l'œuvre des parties, les partages judiciaires sont l'œuvre d'un juge. Dans le partage d'ascendant ce n'est ni l'un ni l'autre, le partage n'est pas amiable, car il n'est pas fait par les copropriétaires ; il n'y en a pas ; il n'est pas fait par un juge, il n'y en a pas davantage, donc c'est un partage *sui generis* et par conséquent régi par des règles spéciales.

L'argument tiré de ce que l'article 1075 parle uniquement des père et mère et autres ascendants parce que la

réserve les empêche de disposer librement de leurs biens, se trouve par là même ruiné. D'ailleurs, précisément à cause des dispositions de certaines coutumes permettant aux collatéraux les partages anticipés, le législateur aurait dû leur donner expressément l'autorisation d'en faire, s'il avait voulu leur accorder ce bénéfice. Après le mot « ascendant » il aurait dû mettre, comme la coutume de Bretagne les mots « et autres personnes » et il aurait substitué le mot héritiers aux mots « enfants et descendants », ces derniers sont en effet exclusifs de l'extension des partages d'ascendants aux collatéraux.

L'article 3 de la loi du 16 juin 1824 promulguée en faveur des partages d'ascendants pour leur appliquer un tarif d'enregistrement de faveur se sert des expressions suivantes : « ainsi qu'il est réglé pour les successions en ligne directe », or ces expressions excluent manifestement les héritiers des collatéraux (1).

Est-ce à dire pour cela que le partage fait par les collatéraux à leurs héritiers sera nul ? il faut à ce sujet distinguer deux hypothèses, celle où le partage est fait par acte entre vifs et celle où il est fait par testament.

Dans la 1^{re} le partage est certainement nul comme partage, il constitue un pacte sur succession future mais il vaudra comme donation entre vifs. Dans la 2^e, il sera valable, mais il sera valable comme legs et non pas comme partage. Il n'y a aucune raison de ne pas recon-

(1) Comparer MM. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. II, n° 3480.

naître ce dernier effet au partage du collatéral, le collatéral a voulu répartir ses biens entre ses héritiers, il en a certainement le droit, aucun texte ne le lui défend, la seule chose impossible c'est de faire produire à cette répartition l'effet d'un partage anticipé. Il faut en conclure que les héritiers, s'ils ne renoncent pas à la succession devront rapporter les lots légués à la masse de cette succession si ces lots dépassent la quotité disponible.

Le collatéral pourrait toutefois, par testament, faire produire au partage de ses biens une partie des effets des partages d'ascendants, ceux qui ne sont pas contraires au droit commun. Ainsi il pourrait subordonner la validité de sa répartition à l'acceptation de tous ses héritiers, la déclarant caduque pour le cas où un seul renoncerait ou bien encore aurait été omis. De même il pourrait obliger chacun d'eux à la garantie envers les autres, mais il ne pourrait leur donner un privilège pour assurer leurs recours, car un privilège ne peut être établi que par une loi.

Le partage d'ascendant ne peut donc être fait que par les seuls ascendants.

§ II. — Entre qui le partage d'ascendant peut-il être fait ?

Après avoir posé cette règle que les ascendants peuvent seuls faire le partage dont nous nous occupons l'article 1075 ajoute : « entre leurs enfants et descendants ».

Ces termes désignent certainement les enfants et descendants légitimes, mais s'appliquent-ils à eux seuls et faut-il en exclure les enfants adoptifs et les enfants naturels ?

Pour ce qui est des enfants adoptifs, la question ne saurait faire de doute, l'article 350 les assimilant aux enfants légitimes dans leurs rapports avec l'adoptant ; les articles 1075 et suivants leur sont certainement applicables, et cela, même lorsqu'il y a des enfants légitimes (art. 350, *in fine*). Toutefois la loi ne reconnaissant à l'adopté aucun droit sur la succession du père de l'adoptant, ce dernier ne pourrait comprendre l'adopté dans un partage fait entre ses petits-fils.

L'enfant légitimé rentrerait également dans les termes de l'article 1075, car il est assimilé à un enfant légitime (art. 333).

En ce qui concerne les enfants naturels, la question est plus délicate.

Et tout d'abord l'enfant naturel non reconnu ne saurait être compris dans un partage d'ascendant, légalement il est sans père ni mère (art. 756).

L'enfant adultérin, dans les cas très rares où il est reconnu, a seulement droit à des aliments ; par conséquent n'ayant aucun droit sur la succession de ses père et mère, il ne saurait prendre part à un partage d'ascendant.

L'enfant naturel reconnu a-t-il le droit de bénéficier d'un partage d'ascendant ?

Avant la loi du 25 mars 1896 la question était discutée, mais on la résolvait en général dans le sens de l'affirmative.

Les partisans de la négative se fondaient sur le refus, par l'article 756, de la qualité d'héritier, ils en concluaient que la loi ne voyait dans ces enfants que des créanciers.

De plus ils invoquaient un argument de décence publique, il est scandaleux, disaient-ils, de voir des enfants naturels venir en concours avec des enfants légitimes au partage des biens de leur père ou mère.

Enfin admettre les enfants naturels au partage d'ascendant, c'est permettre de les avantager au delà de la quotité fixée par la loi (art. 908) ; en effet, il faudra appliquer l'article 1079 et cet article accorde la rescision pour lésion, seulement dans le cas où un enfant est lésé de plus du quart, par conséquent les père et mère pourront faire à l'enfant naturel des avantages excessifs et les enfants légitimes ne pourront formuler aucune réclamation si aucun d'eux n'est lésé de plus du quart.

Il faut répondre à cette dernière objection que l'argumentation est exacte. Si aucun des enfants légitimes n'est lésé de plus du quart, il ne pourra faire aucune réclamation, à moins bien entendu de prouver que le partage a été fait dans un but frauduleux, pour permettre à l'ascendant d'avantager outre mesure un enfant naturel. Cette conséquence découle évidemment de l'article 1079. Ce texte traite une matière spéciale, par conséquent on ne saurait opposer l'article 908 qui est un texte général, *specialia generalibus derogant*.

Si l'article 756 refuse à l'enfant naturel la qualité d'héritier, il ne lui accorde pas un simple droit de créance ; c'est ce qui apparaît, à la lecture des travaux préparatoires. L'article 42 (756 actuel) était ainsi conçu : « Les enfants naturels n'ont qu'une créance sur les biens de leur père ou mère décédés. » Jolivet reproche à cet article de paraître en contradiction avec l'article 43 (757) qui semble donner une part héréditaire à l'enfant naturel.

Treilhard répond, il est vrai, que ces deux articles donnent tous deux seulement un droit de créance à l'enfant naturel. Cambacérès est partisan d'éviter le mot créance et de se borner à refuser aux enfants naturels la qualité d'héritier, mais à leur accorder un droit sur les biens de leurs père et mère. L'article 42 (756) est adopté avec cet amendement. C'est reconnaître à l'enfant naturel le droit à une quote part en nature des biens de leurs père et mère, et par conséquent celui de venir au partage et de le faire annuler s'il a été fait sans eux. L'article 757 ancien reconnaissait d'ailleurs formellement ce droit aux enfants naturels puisqu'il leur accordait une quote-part des droits des enfants légitimes, par conséquent une quote-part de la réserve, or la réserve doit être donnée en nature.

L'objection tirée du scandale provenant du concours des enfants naturels et légitimes au partage d'ascendant ne prouve rien du tout, car il ne peut pas être plus scandaleux de les voir participer à ce partage qu'il ne l'est de les voir participer au partage amiable ou judiciaire après la mort de leur auteur.

Aujourd'hui la discussion n'est plus possible, un texte formel, l'article 756 nouveau est venu trancher la question en déclarant les enfants naturels reconnus, héritiers de leurs père et mère. L'ancien article 761, ne leur permettant aucune réclamation lorsque, du vivant de leurs père et mère, ils avaient reçu la moitié de leur part héréditaire, a été abrogé par la loi de 1896. Ils sont donc maintenant considérés comme des « enfants » dans le sens de l'article 1075.

Toutefois l'article 757 nouveau n'accordant aucun droit aux enfants naturels dans la succession des parents de leurs père et mère, il serait impossible à ces parents de faire le partage de leurs biens au profit de ces enfants.

Le partage d'ascendant peut être fait par les seuls ascendants, peu importe d'ailleurs que les père et mère soient légitimes, naturels ou adoptifs et il peut être fait entre les enfants et descendants ; mais ces enfants et descendants doivent-ils être appelés dans l'ordre de dévolution des successions ou dans un ordre quelconque ? L'article 1075 ne tranche pas la question d'une façon expresse, mais la loi du 16 juin 1824 sur la réduction des droits d'enregistrement en matière de partages d'ascendants s'en est expliqué d'une façon formelle dans son article 3 : « La réduction aura lieu en ce qui concerne les donations, portant partage, faites par actes entre vifs conformément aux articles 1075 et 1076 du Code civil par les père et mère ou autres ascendants entre leurs enfants et descen-

dants... ainsi qu'il est réglé par les successions en ligne directe. » Cette solution était admise dans notre ancien droit. Elle découle naturellement de la définition du partage d'ascendant. Le partage d'ascendant est le règlement anticipé de la succession, par conséquent il doit comprendre toutes les personnes appelées à cette succession sans cela les enfants omis pourraient le faire tomber (art. 1078) et il ne doit comprendre qu'elles. En effet, le partage d'ascendant est, avons-nous dit, un acte exceptionnel, sortant du droit commun, par conséquent en peuvent bénéficier uniquement, ceux qui y ont été appelés par la loi. Nous en concluons que l'acte par lequel un ascendant partagerait ses biens entre son fils et les enfants de ce fils ne saurait être un partage d'ascendant, mais un acte contenant de simples legs, ou donations, de même le partage de la succession opéré par un individu entre son descendant et un étranger constituerait bien une donation, mais non pas un partage d'ascendant.

Si maintenant nous supposons le partage fait entre plusieurs enfants et un étranger ou entre plusieurs enfants et le fils de l'un d'eux nous reconnaitrons à l'acte la qualité de partage vis-à-vis des enfants, mais vis-à-vis du petit-fils ou de l'étranger ce sera un legs ou une donation.

Le fils unique d'un individu ne pourrait en vertu du même principe se joindre à son père pour distribuer avec son aïeul, ses biens propres, à ses enfants. En effet, cet

acte ne respecte pas la dévolution légale, et le concours du père est une renonciation à la succession de l'aïeul, par conséquent constitue un pacte sur succession future et comme tel sera nul aux termes de l'article 791.

Il faudrait encore déclarer nul, en vertu du même principe, le partage fait par un ascendant entre son fils et son petit-fils, donataire de la quotité disponible, le donataire de la quotité disponible ou l'institué contractuel n'est pas un héritier, il est seulement donataire d'une quotité. La donation ou l'institution ne lui confère aucun droit sur les biens du donateur et ce dernier peut de son vivant en disposer à tout autre titre qu'à titre gratuit (art. 1083) ; elle lui permet simplement de venir au partage lors de l'ouverture de la succession et encore comme donataire ou légataire, mais pas comme successible (1).

Nous avons dans les hypothèses précédentes, considéré l'acte portant partage comme nul en tant que partage vis-à-vis du fils comme du petit-fils ou de l'étranger, parce que l'idée de partage éveille immédiatement celle de deux copropriétaires au moins fictifs, or dans le cas d'un fils unique, cet enfant sera au moment de la mort de son ascendant propriétaire unique des biens, il n'y aura pas à cette époque de partage, et par conséquent il ne saurait y avoir du vivant de l'ascendant partage d'ascendant puisque le but unique de ce dernier est de remplacer celui devant avoir lieu à la mort (2).

(1) Décision de l'administration de l'Enregistrement, 6 décembre 1867.

(2) Cass., 4 janvier 1847, D. 47.1.58.

Il faudrait donc déclarer valable le partage fait par un aïeul entre son enfant et les enfants d'un fils prédécédé; ici, en effet, nous sommes en présence de deux souches devant venir l'une et l'autre au partage de la succession : le fils, en son nom, les enfants des fils prédécédés, par représentation de leur père. Notre solution serait évidemment contraire si les petits-enfants n'étaient pas appelés par représentation de leur père, par exemple parce que celui-ci a été déclaré indigne.

Nous venons de voir que le partage d'ascendant ne peut pas comprendre d'étrangers, faut-il en conclure que les libéralités à eux faites dans un partage d'ascendant seront nulles? Il en était ainsi dans notre ancien droit mais par la raison que les formes du partage d'ascendant étaient des formes privilégiées. Dans notre droit actuel, le partage d'ascendant se fait par donation entre vifs ou par testament et cette donation ou ce testament revêtent les formes ordinaires; par conséquent, il n'y a aucune raison pour prononcer la nullité des avantages faits à des étrangers dans le partage d'ascendant, et les donations ou les legs à eux faits seront valables comme les dons ou legs par acte séparé.

Le partage d'ascendant peut donc être fait par les ascendants entre leurs descendants et présomptifs héritiers.

**III. — Capacité nécessaire pour pouvoir faire un
partage d'ascendant.**

A quel moment faut-il se placer pour savoir si les enfants bénéficiaires du partage sont héritiers ? De plus, quelle est la capacité exigée chez l'ascendant et chez les enfants ?

A quel moment faut-il se placer pour savoir si les enfants sont héritiers ? Dans le partage par acte testamentaire c'est très simple, le partage existe seulement par la mort de l'ascendant et tout naturellement ; on doit se placer à ce moment pour constater la vocation héréditaire, que dire de la donation entre vifs ? il ne faut certainement pas se placer au moment de l'acte car il peut survenir ensuite des héritiers venant s'ajouter aux premiers, et d'un autre côté, les héritiers actuels par leur renonciation lors de l'ouverture de la succession verront leur droit héréditaire résolu, il faut donc en conclure que la qualité héréditaire se fixe définitivement sur la tête d'un individu seulement à la mort de celui dont il prétend hériter, par conséquent dans le cas d'un partage par donation entre vifs, comme dans celui d'un partage testamentaire, c'est à la mort seulement du donateur qu'on peut fixer la vocation héréditaire des héritiers.

Quant à la capacité nécessaire pour faire un partage d'ascendant, la loi ne s'est pas expliquée formellement à ce sujet, mais il faut certainement exiger les qualités requises pour pouvoir faire soit une donation, soit un

testament. L'article 1076 nous dit en effet : « les partages pourront.... être faits avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et les testaments. »

Donc l'ascendant doit être capable de disposer à titre gratuit, soit par donation entre vifs, soit par testament, selon que le partage est fait par l'un ou par l'autre de ces actes.

Le condamné à une peine afflictive et perpétuelle ne pourra donc employer ni l'une ni l'autre de ces formes (1), et le partage par lui fait antérieurement deviendrait caduc. Le condamné pourrait, toutefois, être relevé de son incapacité par le gouvernement (art. 4 de la même loi).

Si la condamnation a été prononcée par contumacé, la déchéance n'étant applicable que 5 ans après l'exécution par effigie, si le condamné meurt dans l'intervalle, on devra maintenir le partage entre vifs ou testamentaire par lui fait, même depuis sa condamnation (art. 3, *in fine*).

La femme mariée doit être autorisée par son mari ou par justice pour faire un partage par donation entre vifs, mais elle peut faire, seule, le partage testamentaire. L'autorisation de son mari dans le cas où elle est nécessaire résulterait suffisamment du concours de ce dernier à l'acte (2).

(1) Loi du 31 mai 1854, art. 3.

(2) Douai, 4 août 1846, S. 46.2.512.

La femme séparée de corps ou divorcée pourrait faire seule un partage d'ascendant car elle a sa capacité pleine et entière (art. 311). La femme séparée de biens judiciairement ne pourrait pas sans autorisation de son mari ou de justice, faire seule un partage d'ascendant par donation entre vifs ; l'article 1449 lui permet bien d'aliéner son mobilier, mais c'est pour faire les actes d'administration (1).

Quant au mineur, il sera bien rare qu'il ait à faire un partage d'ascendant ; mais enfin dans le cas où il voudrait en faire un, il ne pourra pas agir par donation entre vifs, cet acte lui est interdit. Le pourra-t-il par testament ? Le testament ne lui est permis à partir de 16 ans que pour la moitié de ses biens, aussi certains auteurs lui refusent-ils la faculté de faire un partage d'ascendant de plus de la moitié de ses biens. Cette solution ne nous paraît pas exacte ; l'article 904 résout deux questions ; la première : le mineur âgé de 16 ans peut-il tester ? la deuxième : peut-il disposer de tout son patrimoine ? A la première question l'article répond par l'affirmative, à la deuxième il répond : pour moitié et cette quotité a précisément été établie afin d'empêcher le mineur de compromettre les intérêts de ses héritiers, par des libéralités exagérées. Cette réserve ne peut donc s'appliquer ici, il ne donnera jamais trop, il ne compromettra pas les intérêts de ses héritiers puisqu'il partage précisément son patrimoine entre eux. D'ailleurs la loi ne tient aucun

(1) Poitiers, 3 février 1858, S. 58.2.620.

compte de la réserve lorsqu'elle octroie au majeur la faculté de faire un partage d'ascendant, pourquoi en tiendrait-elle compte lorsque l'acte est fait par un mineur ?

Il ressort de ces considérations, que l'article 904 reprendrait son application si le partage du mineur contenait des dispositions par préciput.

L'interdit ne peut certainement pas faire de partage par donation entre vifs ; peut-il en faire un par testament ? On lui refuse en général cette faculté, cependant certains auteurs la lui accordent, car si l'article 509 assimile l'interdit au mineur, c'est pour les actes qui doivent être faits par le tuteur, or le tuteur ne fait pas le testament du mineur, par conséquent l'interdit peut faire cet acte. D'autant plus que l'article 502 déclarant nuls tous les actes faits par l'interdit se réfère à l'article 509, par conséquent ne se prononce pas sur la validité des autres.

Cette théorie ne nous paraît pas très juste, car la loi annule les actes de l'interdit sur la présomption d'insanité d'esprit, or l'article 1352 prohibe la preuve contraire pour détruire les présomptions servant de fondement à l'annulation d'un acte juridique. On pourrait toutefois peut-être admettre le partage d'ascendant fait dans la forme de l'article 511. L'interdit, légalement, peut tester lui parce qu'il n'est pas en état d'insanité d'esprit, il pourra donc faire un partage d'ascendant par acte testamentaire, mais pas par acte de donation entre vifs.

La personne placée dans un établissement public d'a -

lié, en vertu de la loi du 30 juin 1838, peut faire un partage d'ascendant par testament ou par donation entre vifs, ces actes lui étant permis, mais on peut les faire tomber en démontrant son insanité d'esprit à ce moment.

Le pourvu d'un conseil judiciaire peut faire seul un partage d'ascendant car il peut tester seul, mais quant au partage par donation entre vifs, il lui faut l'assistance de son conseil (1).

Le sourd-muet sachant lire pourrait faire un partage par acte entre vifs, il remplacera la lecture par le notaire, en lisant lui-même (2). Il est évident que s'il sait écrire il pourra faire un partage par testament.

Le partage fait par donation entre vifs par un failli serait nul, s'il avait été fait après l'époque déterminée comme ayant été celle de la cessation des paiements (3).

L'étranger peut-il faire un partage d'ascendant ? oui, puisqu'il peut disposer à titre gratuit. On ne saurait prétendre que le partage d'ascendant est un attribut de la puissance paternelle et comme telle interdite aux étrangers. C'est une faculté accordée au père de se décharger de l'administration de ses biens et un moyen de prévenir les querelles entre ses enfants (4).

Quant à la question de savoir quelle est la capacité de l'étranger, c'est une règle de statut personnel et il faut

(1) Amiaud, *Traité formulaire du Notariat*, t. III, p. 139.

(2) *Revue du notariat*, art. 5768.

(3) Art. 446, C. comm.

(4) Demolombe, *Donations*, t. VI, n° 28.

dra appliquer sur ce sujet la loi nationale, « c'est en effet à la loi personnelle de l'incapable à lui assurer la protection nécessaire (1) ».

L'ascendant peut-il donner à une autre personne, mandat de faire le partage à sa place ?

S'il s'agit d'un partage testamentaire c'est impossible, s'agit-il du partage par donation entre vifs il le pourra, mais il faudra un mandat authentique (2), ce mandat doit être exprès (art. 1988), et spécial car les procurations pour aliéner doivent être spéciales (article 1797). Il n'est pas nécessaire que l'acte contienne les expressions mêmes du partage, il suffit d'une désignation succincte des biens et d'une indication sommaire des clauses ; les lots doivent aussi être indiqués, car c'est le donateur qui fait la donation et non pas le mandataire ; il doit donc se rendre parfaitement compte de l'acte. Cette procuration n'a pas besoin d'être reçue en minute, la loi ne l'exigeant pas (3).

Un individu pourrait également se porter fort de la ratification par un ascendant d'un projet de partage, mais l'ascendant ne pourrait ratifier purement et simplement, il faut qu'il fasse réellement le partage comme si rien n'avait eu lieu précédemment et qu'il le fasse par donation entre vifs ou par testament car la forme solennelle est requise comme mode de protection, on ne saurait donc l'éviter.

(1) M. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 604.

(2) Art. 2 de la loi du 21 juin 1843.

(3) *J. des notaires*, art. 25858 et Toulouse, 1843, P. 45.135.

A quel moment cette capacité devra-t-elle exister ? Si l'acte est fait par donation entre vifs, l'ascendant devra être capable au moment de la donation et si, l'acceptation a lieu par acte séparé, au moment de la notification de l'acceptation (1). Ainsi en nous plaçant dans l'hypothèse du failli, si la donation a été faite avant l'époque fixée comme ayant été celle de la cessation des paiements, mais a seulement été acceptée depuis, elle sera nulle car jusqu'à l'acceptation, il y a offre de partage, il y a un projet, mais l'acte n'existe pas. Si la donation a été acceptée avant la cessation des paiements mais hors la présence de l'ascendant et notifiée seulement depuis, l'acte sera encore nul, car jusqu'à la notification il y a non pas un acte, mais un simple projet (2).

**§ IV. — Capacité nécessaire pour pouvoir bénéficier
d'un partage d'ascendant.**

Les enfants n'ont pas besoin comme les ascendants de la capacité de fait et de droit, il leur suffit de la dernière seulement ; s'il leur manque la capacité de fait, leur représentant acceptera pour eux.

Si le partage est fait par acte testamentaire ; le testateur doit avoir la capacité de tester au moment du testament et il doit jusqu'à sa mort conserver la capacité de droit.

Si le partage est fait par donation entre vifs ; cette

(1) Demolombe, t. XX, n° 150.

(2) *Droit commercial* de MM. Lyon-Caen et Renault, t. 7, n° 321.

capacité de droit est nécessaire aux donateurs au moment de l'acte et aussi, quand l'acceptation a lieu par acte séparé, au moment de cette acceptation (1). Si le partage a lieu par testament ; il suffit aux enfants de la capacité de droit au moment du décès de l'ascendant. Ils doivent être au moins conçus à ce moment.

L'enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut recevoir de libéralités, par conséquent ne peut être compris dans un partage d'ascendant (2) sauf le relèvement de la déchéance par le gouvernement (art. 4 de la même loi).

Mais il peut être compris dans un partage testamentaire ; nous verrons en effet que le partage testamentaire ne change pas la vocation héréditaire des enfants ; ils recueillent toujours la succession comme héritiers *ab intestat*. Seulement l'ascendant devra se garder de faire à l'enfant aucun avantage précipitaire, cet avantage serait un legs et tomberait sous le coup de la loi de 1854. Il n'en serait pas ainsi d'un avantage fait dans le lot si aucun des autres héritiers ne se trouvait lésé de plus d'un quart ; la loi ne connaît en effet qu'une seule voie d'attaque contre les partages : la rescision pour lésion de plus du quart ; toute inégalité moindre est considérée comme ne rompant pas l'égalité.

La femme ne peut accepter qu'avec l'autorisation de son mari, car il y a peut-être des charges imposées à la

(1) Demolombe, t. XVIII, n° 579.

(2) Loi du 31 mai 1854, art. 3.

femme. L'autorisation du mari devra être donnée par acte authentique, car l'authenticité a été exigée comme mesure de protection et là où cette protection doit surtout exister, c'est dans l'acte d'autorisation. Il sera prudent d'annexer une expédition ou l'original de cet acte à la minute de l'acte de donation.

Le mineur émancipé peut accepter avec l'assistance de son curateur (art. 935), mais, s'il y a des charges, il lui faudra l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

S'il y a un mineur non émancipé, son tuteur pourra accepter pour lui en se conformant à l'article 463 (art. 935).

Un ascendant peut aussi accepter pour le mineur émancipé ou non, et cela sans avoir besoin d'observer les règles de l'article 463 (art. 935), mais, à la condition qu'il n'y ait pas d'hypothèque ou de charges pouvant entraîner l'aliénation des biens du mineur (1). Ainsi l'homologation du tribunal serait nécessaire si l'ascendant acceptait un partage dans lequel le père a stipulé le droit, en cas de survie à son conjoint, de jouir de l'usufruit des biens partagés par ce dernier (2).

Le père pourrait-il accepter pour ses enfants mineurs le partage fait par lui-même ? non, car il accepterait ainsi une chose faite par lui-même, il est bien certain que ce

(1) Demolombe, t. XX, n° 85.

(2) André, *Partages d'ascendants*, n° 201 bis. La Cour de cassation, 25 février 1878, S. 81.1.73, dit que l'homologation n'est pas nécessaire si c'est le conjoint lui-même qui stipule l'usufruit au profit de son époux, en cas de survie de ce dernier.

serait lui donner un pouvoir exorbitant, il devra faire nommer un tuteur *ad hoc*.

L'ascendant tuteur légal de ses enfants peut se prévaloir de l'article 935, *lex non distinguit*, et par conséquent se passer de l'autorisation du conseil de famille (1).

Le père autorisant sa femme à faire un partage d'ascendant peut accepter ce partage pour son enfant mineur (2). Les droits d'usufruit que le père a sur les biens de ses enfants ne doivent pas être considérés comme un intérêt du père dans l'acte, c'est un effet de la loi. Si le père avait autorisé sa femme, fille du donateur, pourrait-il accepter pour un enfant mineur qu'il aurait eu d'un précédent mariage d'une autre fille du donateur ? Non, car ici le père a un intérêt, il est chef de communauté et comme tel intéressé à la répartition, donc il devra faire accepter par le subrogé tuteur.

Les père et mère qui font le partage de leurs biens entre leurs enfants mineurs peuvent mutuellement accepter, la mère, le partage du père, le père le partage de la mère

L'article 1076 régit seul notre matière, et il nous renvoie aux règles des donations et des testaments et non pas à celles des successions, aussi n'avons-nous pas à appliquer ces dernières. En vertu de ce principe, lorsqu'il y a plusieurs mineurs, le partage pourra être accepté par leur tuteur commun autorisé par le conseil de famille

(1) Nîmes, 10 avril 1847, S. 48.2.130.

(2) Lyon, 23 mars 1877, D. 78.2.34.

sans qu'il y ait besoin de nommer un tuteur *ad hoc* à chacun ; l'article 838 ne s'applique pas ici (s'il y avait des charges, il faudrait l'homologation du tribunal).

De même, un partage d'ascendant est réputé définitif relativement à un mineur dès qu'il a été accepté par son tuteur ou subrogé tuteur, même sans l'accomplissement de l'article 466 (1).

La Cour de Grenoble, le 11 janvier 1874, a jugé qu'un tuteur peut accepter un partage par donation entre vifs attribuant à un mineur des meubles et immeubles à charge de payer une soulte, car cette soulte ne saurait être considérée comme une aliénation (2).

Les prescriptions de l'article 463 du Code civil permettent d'induire que le conseil de famille, chargé d'autoriser l'acceptation du partage doit en connaître les bases, mais il ne serait nullement besoin de lui remettre le projet de l'acte afin qu'il en connût les termes propres (3).

Si le mineur avait lui-même accepté un partage, cette acceptation ne devrait pas être déclarée nulle comme contraire à l'article 466, cet article ne s'applique pas ici, et le partage d'ascendant a justement pour but d'éviter son application (4), mais la nullité devrait être prononcée si le mineur prouvait une lésion, et cela lui sera bien facile (5). L'enfant pourrait ratifier à sa majorité l'accep-

(1) Cass., 4 mai 1846, S. 46.1.465.

(2) S. 64.2.249.

(3) Cass., 25 février 1878, *J. des not.*, art. 21844.

(4) Cass., 4 mai 1846, D. 46.1.129.

(5) La Cour d'appel de Riom, 16 décembre 1893, a jugé que c'était nul de plein droit, *J. des not.*, 25487.

tation donnée par lui pendant sa minorité, même du vivant du testateur.

Cette ratification ne couvrirait certainement pas le vice pouvant naître de la lésion, toutefois on ne saurait lui reconnaître moins d'effet qu'à l'acceptation d'un majeur (1).

Si parmi les copartagés il se trouve un interdit, son tuteur devra accepter pour lui en se conformant à l'article 463 (art. 935).

Le père de l'interdit ne pourrait accepter pour lui, car la loi ne parle dans le deuxième alinéa de l'article 935 que du mineur, or dans le premier, elle avait parlé du mineur et de l'interdit, l'opposition est donc frappante, de plus, ce deuxième alinéa commence par le mot « néanmoins », c'est donc une exception à la règle. L'ordonnance de 1731 admettait les père et mère de l'interdit comme ceux du mineur à accepter pour lui, donc si la loi n'a pas reproduit l'ordonnance sur ce point c'est qu'elle a voulu s'en écarter. On ne saurait se prévaloir de l'article 509 car il assimile la tutelle de l'interdit à celle du mineur, or ici il ne s'agit pas de règles de tutelle (2).

L'individu pourvu de conseil judiciaire pourra accepter sans l'assistance de son conseil car la loi ne l'exige pas. Toutefois s'il y avait des charges, il faudrait l'assistance de son conseil.

(1) Cass., 25 février 1878, *J. des not.*, art. 21844.

(2) MM. Demante et Colmet de Santerre, t. IV, sur l'article 935.

L'administrateur provisoire, nommé en vertu de la loi du 30 juin 1838, pourrait accepter un partage d'ascendant au nom d'un individu placé dans une maison d'aliénés aux termes de l'article 36, et il ne serait pas nécessaire que l'acceptation soit faite par un notaire, la loi ne l'ordonnant ainsi qu'à défaut d'administrateur provisoire.

Mais, si cet administrateur était l'ascendant qui fait le partage, il faudrait nommer un administrateur *ad hoc*.

Supposons que parmi les enfants bénéficiaires du partage il y ait un absent. S'il est déclaré absent, les envoyés en possession ou le conjoint administrateur légal pourront accepter. S'il y a seulement présomption d'absence l'ascendant pourra, en invoquant l'article 112, faire nommer un mandataire *ad hoc* pour accepter (1).

Si parmi les copartagés il se trouve un enfant conçu mais non pas encore né, la disposition sera acceptée pour lui par un ascendant ou par un curateur au ventre.

On pourrait se porter fort pour l'acceptation d'un des copartagés mais, l'enfant pour lequel on s'est porté fort, devra accepter par acte authentique et notifier son acceptation, sans cela il pourra attaquer le partage en vertu de l'article 1078.

L'acceptation pourra être faite par procuration.

SECTION II. — Formes du partage.

Sous l'ancien droit, les partages d'ascendant jouis-

(1) Amiaud, *Partage d'ascendant*, t. 3, § 2, art. 2.

saient d'avantages particuliers quant à la forme des actes ; le Code civil n'a pas consacré ces immunités et l'article 1076 soumet ces partages aux formes ordinaires des donations et testaments. « Ces partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments. »

Il résulte de la section première qu'il ne faut pas prendre à la lettre le mot « pourront », il signifie non pas que tout ascendant a toujours la faculté de choisir l'une ou l'autre forme pour faire un partage, mais seulement que l'ascendant pourra exercer son option s'il a la capacité requise pour faire ces actes. Il pourra ainsi très bien être capable, d'adopter seulement une de ces formes ou même être absolument incapable de faire un partage d'ascendant.

On a reproché au législateur d'avoir astreint le partage d'ascendant aux solennités des testaments ou des donations entre vifs. Ces formalités, a-t-on dit, se comprennent très bien lorsqu'un individu veut se dépouiller au profit d'un tiers, mais ici il se dépouille au profit de ses enfants ou descendants, la loi ne devrait donc apporter aucune difficulté à l'accomplissement de sa libéralité, au contraire, elle devrait la favoriser. Cette objection ne nous paraît pas fondée. L'ascendant se dépouille en faveur de ses enfants et de ce chef sa libéralité mérite d'être favorisée, mais en se dépouillant il peut s'exposer à l'ingratitude de ces mêmes enfants, et de ce chef

on doit le mettre en garde contre un désir irréfléchi de faire le partage de ses biens. C'est cette idée qui avait inspiré à nos anciennes coutumes la prohibition des démissions de biens irrévocables.

Puisque le Code a supprimé cette prohibition, il est naturel qu'il ait songé à protéger autrement l'ascendant ; voilà pourquoi il a exigé l'accomplissement des formes des donations entre vifs.

Ces raisons n'existent plus dans le partage testamentaire, toutefois le législateur a exigé avec raison les formalités du testament, car l'ascendant peut, par ce moyen, établir des inégalités entre ses enfants et ces inégalités, à la condition de ne pas présenter une lésion de plus d'un quart au détriment d'un des partagés, devront être respectées.

§ 1^{er}. — Du partage par donation entre vifs.

De ce que l'article 1076 exige l'observation des formalités prescrites pour les donations entre vifs il s'en suit que le partage fait par acte sous signatures privées serait inexistant (art. 931) et ne pourrait être ratifié par un acte postérieur (art. 1339). Cette ratification serait nulle comme constituant, un pacte sur succession future et les enfants pourraient faire reconnaître l'inexistence de ce partage, même s'ils ont joui des biens mis dans leur lot ou en ont aliéné une partie, ou même ont continué après le décès de l'ascendant à jouir de leur lot à moins qu'ils n'aient prescrit.

Le partage fait par donation entre vifs devrait également être soumis à la formalité de la transcription quand il porte sur des biens susceptibles d'hypothèques (1), et dans le cas où l'acceptation aura été faite par acte séparé, il faudra transcrire également l'acceptation et la notification qui a pu en être faite (art. 939).

Que dire s'il a été transcrit après l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ? Si la donation a été acceptée avant, il faut dire que la donation est valable, en effet la transcription est une mesure de publicité destinée à faire connaître le partage aux tiers, à le leur rendre opposable, mais dès avant la transcription du moment de l'acceptation, la donation est parfaite entre les parties (Cass., 24 mai 1848, D. 48.1.172).

Les formalités de la donation entre vifs doivent être remplies quand bien même cette dernière aurait lieu à charge de payer une rente viagère. Cette rente n'enlève pas au partage son caractère de libéralité, toutefois si la rente viagère pouvait être considérée comme l'équivalente du partage il y aurait non plus un acte à titre gratuit, mais un acte à titre onéreux (2). Si l'un des copartageants se trouve, au moment du partage par donation entre vifs, créancier de l'ascendant pour une somme exigible, le partage doit être considéré, par rapport à cet enfant, comme un acte à titre onéreux ou dation en paiement, jusqu'à concurrence du montant de sa créance

(1) Art. 1^{er} de la loi du 23 mars 1855.

(2) Lyon, 6 mars 1878, D. 78.2.65.

et comme acte à titre gratuit pour le surplus, donc la transcription doit porter seulement sur les immeubles de son lot sur lesquels l'excédent est ou doit être imputé, et les immeubles dont la valeur sert ou servira à acquitter la dette en sont affranchis (1).

Lorsque le partage d'ascendant comprend des créances, les copartagés ne sont saisis vis-à-vis des tiers que par les notifications du transport faites aux débiteurs, ou par l'acceptation de ce transport par les débiteurs dans un acte authentique (art. 1690).

Lorsque le partage comprend des effets mobiliers, il faut en dresser un état et l'annexer à la minute de l'acte (art. 948).

Le partage peut aussi dans ce cas se faire au moyen d'un don manuel, car cette forme est admise pour les donations ordinaires des meubles et effets mobiliers.

Le partage pourra aussi être fait par donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux : transaction, vente ou autre contrat ; cette forme est admise pour la donation ordinaire. Il faudra aussi appliquer les articles 944, 945 et 946.

Le partage sera donc nul si les formalités prescrites pour les donations ne sont pas remplies et comme cette nullité est absolue, il y a inexistence du partage. Toutes les donations qui auront été faites dans le partage seront inexistantes, il en serait autrement des dispositions

(1) Limoges, 26 mars 1852, D.53.2.143.

n'exigeant pas les formes des donations et qui auraient pu y être faites comme reconnaissance de dettes.

Le partage devra donc être fait par acte notarié dans les formes prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, par conséquent en la présence réelle du deuxième notaire ou des témoins instrumentaires.

Un partage peut être fait dans le contrat de mariage d'un des copartagés ; vis-à-vis des autres enfants, il doit remplir les règles ordinaires, vis-à-vis du futur époux, il suffira de l'observation des règles spéciales aux contrats de mariage. L'article 1076, en effet, en renvoyant aux règles des donations entre vifs n'a fait aucune distinction, par conséquent son renvoi s'applique aux règles ordinaires et aux exceptions. Cette solution était d'ailleurs admise dans l'ancien droit.

Les donations entre vifs ne sont valables qu'après avoir été acceptées par les donataires (art. 932), les descendants doivent donc accepter le partage fait sous cette forme par l'ascendant et ils doivent l'accepter expressément, toutefois, il n'est pas nécessaire de se servir de la clause traditionnelle « qui l'accepte », il suffit d'exprimer formellement la volonté d'accepter, ainsi la déclaration d'exécuter le partage « selon sa forme et teneur » serait suffisante.

On ne saurait voir une acceptation régulière dans le fait, par les copartagés, d'avoir disposé des biens donnés comme de choses leur appartenant, en indiquant le partage comme titre de propriété. C'est là une accepta-

tion tacite, or une donation non acceptée expressément, est inexistante, par conséquent l'acceptation tacite ne peut servir à la valider. La Cour de cassation a jugé que la jouissance séparée, exclusive, à titre de maître, après le décès, empêche les héritiers de demander la nullité du partage (5 janvier 1846, S. 46.1.122) ; mais il ne pourrait en être ainsi dans notre hypothèse car l'exécution volontaire est une ratification tacite, or on ne ratifie pas le néant.

L'acceptation peut être faite dans l'acte même de donation, mais elle peut l'être aussi dans un acte authentique séparé, il faudra alors la signifier au donateur avant sa mort, car à ce moment la signification deviendra impossible et l'acte sera nul. Jusqu'à la notification, le partage par donation entre vifs est un simple projet et peut être révoqué.

L'acceptation peut être faite par mandataire, mais seulement en vertu d'une procuration authentique (art. 933) et la présence réelle du deuxième notaire ou des témoins instrumentaires est nécessaire (1), une expédition de la procuration devra être annexée à la minute de l'acte d'acceptation si cette dernière a lieu par acte séparé, en cas contraire, à l'acte de donation.

Le partage peut être fait par plusieurs donations entre vifs ; par exemple, en faisant une donation à un de ses enfants, l'ascendant l'avertit que cette donation lui est faite pour le remplir de sa part dans la succession et

(1) Loi du 21 juin 1843, art. 2.

qu'il se propose par conséquent de faire une donation d'égale valeur à chacun de ses autres enfants.

La nécessité de faire le partage par donations entre vifs ou par testament, fléchirait si l'acte était passé à l'étranger, en vertu de la règle *locus regit actum*, il faudrait adopter les formes en usage dans le pays où l'on fait l'acte (1).

Une condition essentielle de la validité d'un partage par donation entre vifs, c'est son acceptation par tous les copartagés. Il en est autrement dans les donations individuelles, l'acceptation rend chacun propriétaire sans qu'il y ait lieu d'exiger l'acceptation des codonataires. Mais dans le partage, l'ascendant n'a pas voulu faire à chacun une libéralité il a entendu faire un partage, or le partage a besoin, pour sa perfection, de l'acceptation de tous les copartagés ; si donc un seul d'entre eux refuse, il faudra déclarer le partage nul à l'égard de tous les enfants puisqu'il l'est à l'égard d'un d'entre eux.

Si l'enfant qui n'a pas accepté, ont dit certains auteurs, meurt avant l'ascendant, le partage sera valable comme il le serait dans l'hypothèse de son omission ; sa part se répartira seulement entre tous les autres. Nous ne croyons pas cette théorie exacte. Le partage par donation entre vifs devient parfait par l'acceptation, auparavant il est un simple projet susceptible de révocation au gré de l'ascendant. Dans l'hypothèse de l'article 1078, au contraire, le partage est valable, le contrat s'est formé

(1) M. Weiss, *op. cit.*, p. 876.

définitivement, toutefois il est exposé à la nullité par suite de la survie de l'enfant omis. En outre dans cette dernière hypothèse, le partage répond parfaitement à l'intention de l'ascendant ; dans le 1^{er} cas, au contraire, il n'y répond peut-être plus, il a fait une distribution dans la vue de l'acceptation collective de ses enfants, un refus se produit, le partage peut être désormais contraire à ses vues, il a pu partager uniquement en vue de celui de ses héritiers qui a refusé et vient de mourir.

L'ascendant ayant déjà disposé de ses biens par préciput au profit d'un de ses enfants, peut-il encore partager son patrimoine entre eux ?

Le législateur avait d'abord voulu interdire le partage dans cette hypothèse, article 56 du projet, mais cet article a été profondément modifié comme nous l'avons vu plus haut, et il est devenu l'article 1079, deuxième alinéa.

L'ascendant a donc le pouvoir de disposer par préciput dans l'acte de partage, mais les deux dispositions sont indépendantes, régies chacune par leurs règles propres. La nullité de l'une n'entraîne pas nécessairement celle de l'autre ; mais l'avantage doit pour cela être indépendant du partage, s'il résultait d'un lot plus fort il ferait corps avec le partage et tomberait avec lui dans l'hypothèse où le partage serait nul. Cette solution peut paraître bizarre au premier abord. En effet, le partage réglant la succession de l'ascendant et devant prévenir l'indivision résultant de la vocation héréditaire des enfants au moment du décès, il exclut toute idée de rapport,

par conséquent ne devrait-on pas logiquement, considérer les avantages résultant de la composition des lots comme des libéralités faites par préciput ? On peut aussi ajouter que l'article 843 nouveau, déclare par préciput et hors part toutes les libéralités testamentaires consenties purement et simplement, sans clause contraire.

Ce raisonnement ne saurait cependant ébranler la théorie du Code. L'égalité la plus absolue doit régner entre les enfants d'un ascendant et la loi présume chez lui la volonté de respecter cette égalité ; aussi lorsque les lots contiennent des inégalités, la loi attribue cette inégalité à une erreur dans leur composition et donne aux enfants une action en rescision pour la faire disparaître, laissant ainsi l'ascendant libre de faire des libéralités par préciput, mais exigeant de lui une intention formelle.

Le partage, tout en empruntant les formalités de la donation entre vifs, en diffère complètement quant aux règles de fond, il importe donc beaucoup de distinguer entre l'un et l'autre. Par le premier, l'ascendant fait une libéralité collective, par le deuxième, une libéralité individuelle.

Ainsi un père donne ses biens, à un ou plusieurs de ses enfants, à condition de payer ses dettes, il n'y a là qu'une donation. Au contraire les donne-t-il à ses héritiers présomptifs, sous la même condition, il y aura partage. Toutefois il peut y avoir des cas où le partage ne sera pas fait entre tous les héritiers, il en sera ainsi

quand on aura omis un enfant. Une disposition faite au profit de tous, peut aussi quelquefois n'être qu'une donation, il y a là une question d'interprétation de volonté et la solution de cette question échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Le fait, par un des héritiers, de prétendre que la part, reçue par lui, dans un partage d'ascendant lui a été donnée à titre de prêt n'empêcherait pas l'acte d'être un partage, si l'ascendant en a profité pour partager sa fortune entre ses héritiers, et si la somme que l'enfant a reçue lui a été donnée pour le remplir de ses droits dans la succession.

Pour savoir s'il y a véritablement partage d'ascendant, on n'est pas tenu de s'en rapporter aux qualifications des parties. il faut rechercher quel a été leur but ; ainsi on trouvera de véritables partages d'ascendants désignés sous le nom de transaction, de règlement de compte, de vente. La stipulation faite par un ascendant, créancier d'un de ses successibles, que sa créance sera payable à son décès et à ses héritiers, peut être un partage d'ascendant, il en serait encore de même d'une vente faite par un ascendant, à ses héritiers, de tous ses biens, moyennant une rente viagère.

Toutes ces questions sont des questions de fait, et comme telles échappent au contrôle de la Cour de cassation.

L'ascendant peut distribuer ses biens entre ses héritiers au moyen d'attributions particulières, mais, dans

l'hypothèse où l'ascendant préalablement à cette attribution particulière faite avec ou sans leurs concours, a d'abord institué chacun d'eux pour une quote-part, devons-nous dire qu'il y a un seul acte ou au contraire deux actes distincts? On ne peut considérer ces deux actes comme distincts, ce sont les deux phases d'un seul et même acte : le partage. Peu importe que l'ascendant opère immédiatement l'attribution particulière de ses biens ou qu'il la fasse précéder d'une institution collective, reconnaissance expresse de la vocation légale. Les deux cas sont parfaitement semblables. En effet, dans le premier, pour ne pas être expresse, l'institution n'en existe pas moins ; elle est inscrite dans la loi et par conséquent sous-entendue. On ne peut considérer le partage comme l'œuvre des enfants car, pour partager, il faut être copropriétaires indivis, or ils ne le sont pas. Si donc parmi les copartagés il y en a d'incapables on ne saurait exiger l'observation des règles posées pour l'acceptation des successions. Ainsi on a jugé que l'acte renfermant à la fois une donation aux enfants et un partage par les enfants entre eux devant et avec le conseil de l'ascendant et sous la sanction de sa signature, est un partage et ne contient pas deux actes, mais un seul (1).

Faudrait-il encore maintenir la même solution si l'ascendant au lieu de procéder au partage avec le concours de ses enfants ou de leur permettre de partager

(1) Colmar, 21 février 1855, S. 55.2. 625.

les biens donnés, sauf son assentiment à leur partage, leur fait donation pure et simple de ses biens à charge de les partager eux-mêmes, comme bon leur semblera ? Dans ces conditions, croyons-nous, il y aura véritablement deux actes différents. Une donation faite par l'ascendant et un partage opéré par les enfants (1). Il en serait ainsi quand bien même le donateur aurait obligés les donataires à procéder immédiatement au partage ; en effet les enfants en partageant les biens donnés, d'une façon irrévocable, excluant toute idée de rapport, font un pacte sur succession future. S'il en était autrement l'ascendant aurait à sa disposition un moyen très simple de rendre son partage irrévocable, si inégal soit-il, l'ascendant obligerait ses enfants à procéder séance tenante au partage sous la menace de les déshériter. Les ascendants, objecte-t-on, ont souvent l'esprit bien affaibli lorsqu'ils font leurs partages et sont ainsi dans l'impossibilité d'imposer leur volonté à leurs successibles. Ceci n'est pas exact, les hommes à l'esprit affaibli savent souvent défendre leurs intérêts avec une énergie peu commune. Et quand bien même cette assertion serait vraie, il n'en resterait pas moins certain que l'abandon pur et simple de tous les biens fait indivisément aux enfants est contraire à l'article 1075.

Cet article exige le partage par l'ascendant en même temps que la donation collective des biens, cela ressort

(1) Besançon, 11 février 1882, S. 82.2.107.

manifestement des expressions « distribuer et partager ». Ainsi l'acte par lequel le père ou la mère survivant abandonne, à ses enfants, ses biens pour les partager comme il leur plaira, se réservant seulement une rente viagère, est une donation et non un partage. Toutefois, comme les conventions doivent être interprétées plutôt de façon à leur donner effet que de façon à les annuler on devra présumer, jusqu'à preuve du contraire, que le partage a été fait par l'ascendant avec l'avis de ses descendants. L'appréciation des juges du fond est souveraine sur le point de savoir si les conditions nécessaires pour l'existence du partage sont réunies.

Supposons maintenant que l'ascendant ait fait seulement donation de ses biens à ses enfants sans allotissement, les biens donnés sont indivis, quant au partage il interviendra plus tard. Peut-on considérer cette donation des biens sans attribution particulière comme un partage d'ascendant ? Il en était ainsi dans l'ancien droit et, dit-on, le législateur a certainement voulu consacrer l'ancienne législation ; sans cela il s'en serait exprimé formellement. La loi de 1824, il est vrai, abaisse seulement le droit d'enregistrement pour les donations portant partage, mais ces mots servent à désigner les donations réglées par l'article 1075, ils exigent un partage dans le sens de cet article, mais non pas un partage avec attribution particulière de biens. Le but du législateur est d'ailleurs aussi bien atteint par ces donations de quote-part que par une attribution particulière de biens.

D'une façon comme de l'autre, on empêche les disputes entre enfants pouvant survenir à la mort de l'ascendant et ce dernier est déchargé de l'administration de ses biens. L'opinion contraire ne respecte d'ailleurs pas la volonté de l'ascendant ; celui-ci a voulu faire un partage et non pas une donation en avancement d'hoirie. Il faudra donc appliquer les règles du partage d'ascendant puisque nous sommes en présence d'un partage de cette espèce. Toutefois, comme l'attribution de part est faite par les enfants eux-mêmes, il faudra exiger chez les enfants la capacité nécessaire pour faire un partage, et non pas la capacité spéciale pour le partage d'ascendant, de plus les articles 1079 et 1080 ne s'appliquent pas (1).

Ce système ne nous paraît pas exact. Les démissions de biens pures et simples, sans attribution particulière, étaient certainement valables dans notre ancien droit ; mais il n'en est pas de même sous l'empire du Code civil. L'article 1075 en autorisant « les père et mère et autres ascendants à faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens » exige formellement une distribution et un partage, par conséquent la distribution seule ne peut suffire. La loi de 1824 en exigeant pour le tarif de faveur « une donation portant partage » ne fait donc que rappeler les exigences de l'article 1075, il est par conséquent arbitraire de lui faire comprendre les donations sans assignation particulière des biens.

(1) Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 4 décembre 1871 a consacré cette théorie : S. 72.2.163.

D'ailleurs considérer le simple abandon de biens comme un partage, c'est admettre un partage ne faisant pas sortir de l'indivision, par conséquent une hérésie juridique. Non seulement ce partage ne fait pas sortir de l'indivision, mais encore l'acte postérieur qui la fera cesser n'est pas soumis aux règles des partages d'ascendant et ainsi à côté du partage ordinaire et du partage d'ascendant, reconnus par le Code, prend place une troisième sorte de partage reconnu par les auteurs que nous combattons : le partage mixte auquel on applique l'article 1078 et la loi de 1824 ; mais dispensé de l'observation des articles 1076, 1079 et 1080.

Le but poursuivi par le législateur dans le partage d'ascendant n'est pas non plus atteint, quoiqu'on en dise, car le seul avantage produit est la décharge, pour l'ascendant, de l'administration de ses biens ; tous les autres avantages ne sont pas atteints. D'abord on n'évite pas les frais et les lenteurs inhérents aux partages entre héritiers dont l'un, au moins, est mineur, puisqu'on applique les règles du droit commun ; on n'évite pas davantage la discorde pouvant s'élever entre les enfants puisqu'ils se partagent eux-mêmes. En outre, le donateur ne peut partager ses biens d'après l'intérêt bien entendus des enfants puisqu'il ne leur fait aucune attribution. L'abandon fait par l'ascendant est donc seulement une donation et le partage fait ensuite entre les enfants est le partage d'une masse donnée en avancement d'hoirie, par conséquent n'a rien de définitif, autrement il

constituerait un pacte sur succession future. D'ailleurs, l'attribution particulière est si bien de l'essence du partage que notre ancien droit voulant ne pas l'exiger dans tous les cas, a dû créer une expression nouvelle pour désigner cette nouvelle espèce de convention : « La démission de biens ».

§ II. — Partage par testament.

En faisant le partage par donation entre vifs, l'ascendant se dépouille nécessairement de la propriété de ses biens, il peut, tout au plus, s'en réserver l'usufruit ; le législateur a mis à sa disposition un deuxième mode : le partage par testament, au moyen duquel l'ascendant reste propriétaire, jusqu'à sa mort, des biens donnés, le partage ayant effet seulement à son décès.

Le partage par testament doit respecter les formalités prescrites pour les testaments, par conséquent il peut avoir lieu :

Par testament olographe ;

Par testament public ;

Par testament mystique.

Toutefois des empêchements résultant de la situation particulière de l'ascendant peuvent priver ce dernier du choix, ou même lui interdire complètement le partage par testament, ainsi le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut faire de partage d'ascendant.

L'ascendant peut d'ailleurs faire d'abord un état de sa

fortune, la diviser en autant de lots qu'il a d'enfants et ensuite par son testament renvoyer aux lots déjà formés précédemment (1).

A la différence du partage par donation entre vifs, le partage par testament n'a pas besoin d'être accepté ; le testament est un acte et non pas un contrat. Si toutefois les enfants avaient à la suite du testament déclaré l'accepter, cette acceptation ne l'annulerait pas, mais elle n'empêcherait pas de pouvoir attaquer le partage en vertu de l'article 1079.

Le père et la mère ne pourraient partager leurs biens par un seul testament comme ils peuvent le faire par une seule donation entre vifs ; l'article 968 l'interdit. L'ordonnance de 1735 faisait, il est vrai, une exception pour le partage d'ascendant. Malleville a soutenu qu'il devait en être encore de même dans notre droit actuel, car les partages d'ascendants ont des règles spéciales et on ne peut donc leur appliquer une clause qui ne les vise pas. Ce raisonnement est inexact, l'article 1076 exige l'application des formalités prescrites pour les testaments, par conséquent les prohibitions s'appliquant à ces actes s'appliquent aussi au partage testamentaire. De plus, dans les travaux préparatoires, on a soumis expressément les partages d'ascendant aux règles du droit commun sauf les dérogations formelles ; or il n'a nullement été question de soustraire ces partages à la prohibition du testa-

(1) Cassation, 7 avril 1847, *J. des not.*, art. 17815. En sens contraire, le tribunal de Belfort, 15 mai 1862, *Revue du notariat*, art. 7716.

ment entre époux par un seul et même acte, donc cette prohibition s'applique à eux (1).

Cette prohibition, d'ailleurs, est très naturelle ; de deux choses l'une, ou les deux époux auraient pu révoquer séparément leur testament ou ils ne l'auraient pas pu à moins d'un commun accord.

Dans le premier cas, la révocation de l'un des partages aurait fait tomber l'autre car elle aurait fait naître des inégalités très grandes.

Dans le deuxième cas, c'était porter atteinte à la liberté testamentaire.

De plus, à la mort du premier mourant sa succession n'aurait pu s'ouvrir car les biens du prédécédé et du survivant se seraient trouvés mêlés, et régler la succession de l'un avant l'ouverture de celle de l'autre, eût été souvent la source de lésions importantes entraînant la nullité ; d'ailleurs le survivant pouvant toujours disposer de ses biens aurait ainsi le moyen de rompre l'égalité.

Toutefois rien n'empêcherait les époux de faire leur testament le même jour par deux actes séparés en confondant leur patrimoine. L'ascendant pourrait aussi réparer par un acte séparé, par exemple en mettant une soulte à la charge d'un des enfants, l'inégalité qui pourrait exister au détriment d'un d'entre eux par suite du testament.

(1) Vazailles, *Successions et donations*, t. III, sur l'article 1076.

Le partage testamentaire pourrait-il être fait par plusieurs testaments séparés ? certainement, car les dispositions testamentaires sont de simples projets jusqu'à la mort du testateur, par conséquent celui-ci peut affecter, à titre de lot, un legs précédemment fait à un des enfants, il peut également assigner leur part à certains de ses héritiers, se réservant de former la part des autres avec des valeurs devant entrer ultérieurement dans son patrimoine ; mais il faut que toutes ces dispositions aient un lien entre elles de façon à ne former qu'une seule opération.

SECTION III. — Conditions sous lesquelles le partage d'ascendant peut être opéré.

Un ascendant peut-il obliger ses héritiers à rester dans l'indivision pendant un certain temps, cinq ans ou moins ? Si l'on considère la démission de biens comme un partage d'ascendant on doit reconnaître la validité d'une semblable clause, mais l'article 1075 et les travaux préparatoires, nous l'avons vu, ne permettent pas d'adopter une semblable opinion, donc nous déclarerons nulle la clause imposant l'indivision pendant cinq ans. Cependant nous la considérerions comme légale si elle portait uniquement sur certains biens ou sur certains lots, fondée sur l'intérêt bien entendu des copartagés, soit parce que ces biens doivent avoir une hausse de valeur, soit parce que ces lots sont difficilement partageables en nature.

Il faudrait à plus forte raison reconnaître la validité de l'assignation, dans un lot, d'un bien indivis entre l'ascendant et un tiers. En effet, l'indivision existe vis-à-vis du tiers, mais nullement au regard des héritiers. A plus forte raison, l'ascendant pourrait-il assigner un lot à chacun d'eux avec obligation de conserver les biens indivis pendant un certain temps.

L'ascendant pourrait aussi former ses lots et obliger ses enfants à les tirer au sort dans un certain délai.

L'ascendant peut soumettre le partage de ses biens à toutes les modalités auxquelles peuvent être soumis les donations et les testaments. La loi ne s'étant pas expliquée sur ce point, le droit commun doit lui être appliqué aux termes de l'article 1076.

Il peut se réserver l'usufruit ou stipuler une rente viagère. La réserve d'usufruit n'est pas contraire à l'article 894. Cet article exige un dessaisissement actuel, or la réserve d'usufruit n'empêche pas le dessaisissement actuel et irrévocable, car il n'empêche pas le copartagé de devenir propriétaire (1). Faut-il dans certains cas parti-

(1) La Cour de Paris, le 13 février 1886, *J. des not.*, art. 23623, a déclaré valable comme constituant une extension conventionnelle du droit d'usufruit et ne portant pas atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations, la clause par laquelle deux époux faisant leur partage se sont réservé : 1^o l'usufruit de la totalité des biens faisant partie de la donation et 2^o le droit de couper même à blanc, quand bon leur semblerait, et même d'arracher tout ou partie des bois donnés ainsi que des arbres de toute espèce se trouvant sur les biens donnés.

La Cour de cassation, le 19 février 1878, D. 78.1.377 avait déjà, pourvu qu'il ne soit porté aucune atteinte à la règle du dessaisissement irrévocable, reconnu la validité d'une réserve d'usufruit plus étendue que les droits ordinaires d'un usufruitier.

culièrement favorables, comme celui où l'ascendant s'est dépouillé de l'universalité de ses biens, supposer la réserve d'usufruit ? Nous ne le croyons pas ; car l'usufruit est un démembrement de la propriété, donc supposer le transfert de la propriété moins l'usufruit c'est supposer le transfert d'une propriété tronquée ; or, dans le silence des parties, on doit supposer la transmission de la propriété pleine et entière et non pas grevée de servitudes ; les servitudes ne se supposent pas.

Si l'ascendant veut se mettre à l'abri du besoin, qu'il stipule cette réserve d'usufruit ou une rente viagère, mais on ne peut suppléer à son silence ; s'il n'a rien réservé il pourra seulement réclamer une pension alimentaire.

L'ascendant pourrait-il, en se réservant l'usufruit, stipuler cet usufruit réversible, en cas de prédécès, sur la tête de son conjoint ? Cette clause n'a certainement rien d'illégal, mais des difficultés sont nées sur le point de savoir si elle est permise aux époux faisant leur partage par un seul et même acte.

La Cour de cassation a, tout d'abord, considéré cette réserve d'usufruit comme une condition du partage et par conséquent l'a déclarée valable ; mais, peu après, la Cour de cassation revint sur sa première impression et considéra cette stipulation de réversibilité non plus comme une condition du partage, mais comme un avantage entre époux déguisé sous la forme d'une condition d'un partage d'ascendant, et partant nul aux termes de

l'article 1097. La Cour d'Amiens (1) a même été plus loin, elle a déclaré l'article 900, aux termes duquel les conditions immorales et illicites sont réputées non écrites, inapplicable aux partages d'ascendants, car ces derniers ne sont pas de véritables donations, mais des actes *sui generis* dans lesquels la donation intervient uniquement comme condition de forme, par conséquent il faut appliquer l'article 1172, aux termes duquel la condition illicite est non seulement nulle mais anéantit l'acte auquel elle se trouve apposée : « Cette décision, a ajouté la Cour, est d'autant plus logique que souvent le partage d'ascendant est beaucoup plutôt un acte à titre onéreux qu'un acte de bienfaisance pure. » Nous ne saurions admettre cette théorie de la Cour d'Amiens ; le partage d'ascendant est régi par des règles spéciales, c'est exact, mais toutes ces règles spéciales sont indiquées par la loi, on l'a dit expressément dans les travaux préparatoires, or comme aucun texte ne lui applique l'article 1172, il faut lui appliquer l'article 900 ; autrement on ajoute une cause nouvelle de nullité à celles exprimées par les articles 1078 et 1079 et on viole l'article 1076.

Bien des tentatives ont été faites pour faire revenir la Cour de cassation sur sa jurisprudence, mais elles furent infructueuses.

On a fait un partage avec réserve, au profit des ascendants donateurs, de l'usufruit des biens donnés ; puis,

(1) 10 novembre 1853, D. 54, 2.92.

dans les conditions particulières, chacun des donateurs imposait aux enfants, comme condition du partage dans le cas du prédécès de l'autre ascendant, l'abandon de l'usufruit des biens donnés par lui. On a encore été plus loin, on a stipulé que les enfants garderaient pendant trois jours la pleine propriété des biens donnés et en abandonneraient l'usufruit seulement après ce délai.

Le tribunal de Saint-Quentin (1) a déclaré que cette clause de 72 heures de pleine propriété n'est point l'expression d'une volonté réfléchie des enfants, mais une combinaison suggérée pour cacher et dissimuler une véritable donation mutuelle et éventuelle entre époux. La Cour de cassation (2) a vu dans l'abandon des donataires, au profit du survivant des donateurs, de l'usufruit des biens donnés par le prémourant, une disposition indépendante de la donation et soumise au droit fixe de 5 francs pour donation éventuelle entre époux.

Nous ne croyons pas cette doctrine exacte car, sans doute, il peut y avoir là un moyen détourné de faire des donations entre époux irrévocables, mais il n'en est pas nécessairement ainsi, chacun des ascendants peut très bien considérer l'usufruit de ses biens propres comme insuffisant pour sa subsistance et la condition de l'abandon de l'usufruit des biens du conjoint prédécédé comme nécessaire pour lui assurer une existence facile et ne pas l'obliger à modifier sa manière de vivre. La juris-

(1) 11 février 1863, S. 66.1.123.

(2) 14 novembre 1865, *J. des not.*, art. 18431.

prudence actuelle empêche cette combinaison et pousse les ascendants à aliéner leurs biens moyennant une constitution de rente viagère ; elle oublie que la fraude ne se présume pas, mais doit être prouvée. Toutefois cette jurisprudence est si fortement établie qu'il serait puéril de vouloir lutter contre elle (1).

(1) Le *Journal des notaires* dans l'article portant le numéro 22789, après avoir rejeté un certain nombre de systèmes destinés à tourner la difficulté, propose à son tour deux solutions :

La première consiste « à faire directement d'abord deux actes séparés par lesquels les époux se font entre eux donation mutuelle et irrévocable de l'usufruit ; et ensuite un troisième acte pour constater la donation irrévocable que les père et mère font à leurs enfants de la nue propriété de leurs biens ».

La seconde, indiquée déjà dans le formulaire annoté des actes des notaires, publié par l'administration du *Journal des notaires* (p. 186, édit. de 1882), est ainsi conçue : « chacun des donateurs se réserve expressément l'usufruit des biens par lui donnés (ou telle partie de ces biens) pendant sa vie et aussi pendant celle de son conjoint si celui-ci lui survit, pour disposer de cet usufruit comme bon lui semblera. »

Contre le premier système nous n'avons aucune objection à faire mais il n'en est pas de même au sujet du second.

L'auteur de l'article nous dit en parlant de ce second système :

« Aux termes de l'article 949 du Code civil il est en effet permis de faire la réserve à son profit de l'usufruit des biens, meubles et immeubles donnés et cette réserve n'est nécessairement ni personnelle ni subordonnée à la vie du donateur puisque le même article ajoute qu'il est aussi loisible à ce dernier de disposer de ce même usufruit au profit d'un autre ; donc les père et mère qui dans un partage anticipé se sont réservés l'usufruit de leurs biens chacun à son profit, ont absolument le droit de stipuler cette réserve et ils ont le droit de prolonger la durée de cet usufruit en se réservant d'en disposer ultérieurement au profit d'un tiers pourvu que cette durée soit limitée, car autrement la clause serait contraire au principe de l'irrévocabilité des donations à la règle de droit : « donner et retenir ne vaut. »

Ces conséquences nous paraissent incontestables. »

Nous ne partageons pas l'assurance de l'auteur de cet article, sa théorie nous paraît tout à fait insoutenable car elle est antijuridique. En effet, l'article 949 permet à un donateur de se réserver l'usufruit d'un bien donné, pour lui ou pour un tiers ; mais c'est au moment de la donation que cette réserve doit être faite, si le donateur se contente de stipu-

Le Conseil d'Etat saisi dernièrement d'une demande de modification de l'article 1097 afin de permettre aux époux de se réserver dans un partage d'ascendant, fait par un seul et même acte, l'usufruit des biens donnés avec réversibilité sur la tête du survivant, a répondu, par un avis des 15 et 17 avril 1886 (1), que la donation entre époux par un seul et même acte est interdite comme conséquence de l'article 1096 prohibant les avantages irrévocables faits entre conjoints. Si, d'ailleurs, dans un partage d'ascendant, les donateurs se réservent, non seulement l'usufruit personnellement, mais encore la réversibilité, l'avantage du partage sera uniquement pour eux puisqu'ils privent les enfants d'une pleine propriété dont ceux-ci auraient joui au décès du prémourant. Il est donc impossible de ne pas voir là une donation mutuelle et par conséquent l'admission de la modification proposée de l'article 1097 aurait pour effet de fausser le partage d'ascendant en y faisant dominer l'intérêt des parents (2).

ler l'usufruit pour lui seul, avec faculté d'aliéner, cet usufruit prend fin à sa mort car en effet l'usufruit ne saurait survivre à celui sur la tête duquel il s'est fixé ; le cessionnaire ne peut avoir plus de droit que le cédant.

D'un autre côté, en se réservant l'usufruit, les ascendants donateurs ne peuvent réserver l'usufruit pour le survivant d'eux, car la jurisprudence considère cette réserve comme nulle en vertu de l'article 1097, par conséquent ils peuvent uniquement faire la réserve pour eux seuls et cette réserve étant faite pour eux personnellement, elle cesse à la mort de l'ascendant donateur, le survivant ne pourra donc invoquer après la mort de son conjoint la réserve d'usufruit.

Les auteurs du *Journal des notaires* paraissent d'ailleurs sous l'article 23859 de ce journal, avoir reconnu le bien-fondé de ces observations.

(1) *J. des not.*, art. 23789.

(2) La Cour de cassation le 19 janvier 1881, S.81.1.108, s'est prononcée

Ce que nous venons de dire pour la réserve d'usufruit, nous pourrions le répéter pour la réserve d'une rente viagère ; la jurisprudence a également commencé par la considérer comme une condition du partage ; la Cour de cassation, par un arrêt en date du 19 août 1857 (1), a cassé un jugement du tribunal de Nantes ne voyant dans la stipulation de réversibilité d'une rente viagère qu'une disposition indépendante de la vente faite moyennant une rente et pouvant être révoquée sans porter atteinte à la vente elle-même ; mais, par un arrêt en date du 23 décembre 1862 (2), la Cour de cassation a rompu avec son ancienne jurisprudence ; elle a considéré la réversibilité comme un avantage entre époux ; toutefois elle n'a pas appliqué ici l'article 1097, car l'article 1973 n'assujettit pas la constitution d'une rente viagère au profit d'un tiers aux formes des donations, mais elle les assujettit aux règles de fond et notamment à celles de l'article 1096 (3).

Le partage d'ascendant peut donc être fait sous la condition de supporter certaines charges, alors se pose la question de savoir s'il constitue toujours un acte à titre gratuit ou plutôt un acte à titre onéreux, une vente. Il faut à ce sujet examiner si la charge imposée au dona-

dans le sens de la nullité. La même Cour a jugé le 25 février 1878, S. 81. 1.73 que cette nullité ne peut être invoquée après le décès de l'ascendant survivant.

(1) *J. du Palais*, 58 — 650.

(2) S. 63.1.46.

(3) Voir dans le même sens l'avis précité du Conseil d'Etat des 15 et 7 avril 1886.

taire absorbe la valeur de la donation, ou si elle lui est notablement inférieure ; dans le premier cas, l'acte constitue un acte à titre onéreux, dans le second, c'est un acte à titre gratuit (1).

Le partage peut-il comporter un terme ? Evidemment oui, car le terme n'empêche pas l'ascendant d'être irrévocablement dépouillé, et le copartagé peut dès actuellement, vendre ou grever de droits réels les biens constituant sa part ; si l'ascendant a aliéné un de ces biens le copartagé pourra le reprendre au moyen de l'action en revendication.

Supposons maintenant que les biens donnés soient des choses fongibles. Les ascendants mettent souvent dans les lots de certains de leurs descendants des sommes dont ils ne peuvent pas actuellement disposer ou dont, pour des raisons particulières, ils ne veulent pas verser immédiatement le montant ; les ascendants prennent alors l'engagement de les payer à une date fixée, ou même à leur mort.

La Cour de cassation (2), dans une espèce où une partie des sommes n'était pas payée, mais où une hypothèque en garantissait le paiement, a jugé qu'il n'y avait pas partage d'ascendant, car il n'y a pas dessaisissement des ascendants, condition cependant absolument nécessaire, puisque les enfants doivent être saisis actuellement

(1) La réserve d'une rente viagère n'empêche pas le partage d'ascendant de pouvoir être attaqué pour lésion, elle ne lui communique pas le caractère d'un contrat aléatoire, Cass., 24 octobre 1888, S. 89.1.172.

(2) 5 avril 1852, D. 52.1.108.

et irrévocablement, au moins de la nue propriété des biens. Ainsi les ascendants se constituent uniquement débiteurs envers leurs enfants, et ceux-ci sont simplement leurs créanciers, on leur a promis une certaine somme, à prendre sur la succession du prémourant, si elle n'est pas payée avant, c'est simplement une promesse d'égalité. On a ajouté : les ascendants ne se sont dessaisis de rien car ce qu'ils possédaient ils le possèdent encore, ils pourraient encore donner et vendre comme auparavant (1).

Cette théorie est inexacte, car la loi en exigeant le dessaisissement n'exige pas un transport matériel, la tradition de l'objet donné, il lui suffit du dessaisissement de la propriété, que le droit ait passé au donataire ; et cet effet, la loi l'attribue à la donation dès qu'elle est acceptée. Il est incontestable que la propriété est transmise par le seul effet de l'acceptation de la donation ; en droit français, l'effet des conventions s'opère par le consentement donné et il n'est plus besoin de tradition. Les enfants sont si bien saisis de la propriété de la somme d'argent, payable quand le donateur le jugera à propos, c'est vrai, mais néanmoins promise, qu'ils peuvent la céder à titre gratuit ou onéreux et leurs créanciers peuvent la faire saisir, la faire vendre. Il y a donc une grande différence entre cette situation et celle produite par une promesse d'égalité. Une promesse d'égalité ne représente

(1) Comp. Garnier, *Répertoire de l'Enregistrement*, t. 3, n° 1439.

rien, c'est seulement l'engagement de ne pas plus donner à l'un qu'à l'autre, et si on ne donne rien à personne la promesse est réalisée. Personne n'achètera jamais une semblable promesse car elle ne représente qu'une simple espérance. On objecte, il est vrai, que le partage ayant pour objet des sommes à payer à la mort ou à une époque au choix des parties pourrait très bien, en réalité, ne pas valoir grand'chose, les sommes données peuvent très bien ne pas être actuellement dans le patrimoine des donateurs.

Cette situation est possible, mais qui autorise à la supposer ? La pratique ne nous montre-t-elle pas bien souvent des parents jouissant de capitaux énormes et en donnant très peu à leurs enfants, ce en quoi ils ont souvent bien raison, car ils évitent la dilapidation. Ils donnent au moins leur engagement et c'est quelque chose, c'est une valeur qui peut se négocier tout comme on négocie les obligations des sociétés de commerce ; c'est une obligation prise par un individu, voilà la différence. C'est identiquement la même chose que si le père avait versé immédiatement la somme à son enfant et que de suite, celui-ci la lui ait rendue à titre de prêt. Dans ce cas, on ne ferait pas de difficulté pour voir dans l'acte un partage d'ascendant ; pourquoi en faire dans l'autre (1) ? La dissipation par l'ascendant de son bien n'empêchera pas la créance d'exister toujours juridique-

(1) Voir une décision de la régie en ce sens : 5 septembre 1862.

ment ; si après le terme, l'ascendant revient à meilleure fortune on pourra le poursuivre pour le faire payer. De plus, les biens d'un individu sont le gage de ses créanciers, et lorsque ces derniers le voient lancé dans la dissipation ils peuvent l'empêcher de compromettre leur créance, en réclamant immédiatement leur paiement (art. 1188). Souvent d'ailleurs une hypothèque garantira la créance.

Mais, par exemple, il ne faut pas hésiter à déclarer nulle comme donation et par conséquent comme partage, la donation dans laquelle l'ascendant attribuerait à un de ses héritiers une certaine somme à prendre sur celles qu'il laissera à son décès ; ici en effet, il y a donation de biens à venir et par conséquent aucun dessaisissement.

Le partage pourra-t-il être fait sous une condition ? certainement, en vertu de motifs identiques à ceux donnés pour légitimer le partage à terme ; seulement la condition ne devra pas être au nombre de celles réprouvées par les articles 900 et 944. Ainsi est valable, la condition imposée aux enfants de ne pas inquiéter leurs père et mère au sujet d'immeubles dotaux de la mère aliénés sans remploi. On ne saurait voir là, en effet, une renonciation à succession mais une garantie demandée par un père à ses enfants et que ceux-ci lui accordent ; cette condition n'est autre chose que l'obligation d'exécuter au lieu et place de leur père les engagements pris par celui-ci à l'égard des détenteurs des biens de sa femme.

Il serait également loisible à un ascendant de défen-

dre à un de ses héritiers d'aliéner un des biens compris dans le partage sans en offrir préalablement l'achat à ses copartageants ; cette clause ne donnerait toutefois pas aux copartagés un droit réel sur ce bien, mais seulement la faculté d'exiger des dommages-intérêts si la condition n'est pas observée.

La clause par laquelle l'ascendant déclarerait priver de sa part dans la quotité disponible l'enfant qui attaquerait le partage, serait-elle valable ?

Cette clause est certainement valable lorsque le partage est conforme à la loi ; elle assure en effet alors l'exécution d'une disposition n'ayant rien d'illégal, par conséquent si l'enfant échoue dans sa demande en nullité, il se verra privé de sa part dans la quotité disponible.

Mais, si le partage n'est pas conforme à la loi, on a considéré la clause pénale comme nulle, car l'article 900 déclare non écrites les conditions contraires aux lois, et l'article 1227 prononce la nullité des clauses accessoires d'une obligation principale déjà nulle.

Une autre opinion beaucoup plus exacte, autorise la clause pénale même dans ce cas.

L'article 900 s'applique, en effet, aux conditions contraires à l'ordre public, cela résulte des expressions de l'article « contraires aux lois et mœurs ». Or une disposition peut être contraire à une loi et ne pas blesser l'ordre public. Quant à l'article 1227, il vise uniquement les obligations nulles de nullité absolue, inexistantes, par conséquent ne peut s'appliquer ici, car l'obligation

principale, le partage, est non pas nul mais annulable.

Cette solution était d'ailleurs celle de notre ancien droit et nous ne voyons aucun motif plausible pour la rejeter (1).

Nous distinguerons donc entre les dispositions contraires aux lois d'ordre privé et celles contraires aux lois d'ordre public, la clause pénale opposée aux premières sera valable, celle opposée aux secondes seulement, sera nulle (2).

La clause portant défense d'aliéner est-elle valable? Cette clause si elle était absolue serait nulle comme étant contraire à la liberté des transactions, mais elle serait valable si elle n'était que temporaire. Dans ce cas, en effet, l'entrave est momentanée et l'ascendant a un grand intérêt à interdire l'aliénation pendant un certain délai, pendant sa vie par exemple, il assure ainsi la conservation de son droit de retour successoral. Si les enfants aliènent malgré la défense, l'ascendant pourra faire rentrer les biens aliénés dans le patrimoine de ces derniers, sans avoir besoin de révoquer la donation, car le donataire est obligé d'observer les conditions à lui imposées dans l'acte sous peine de se voir forcé à les exécuter ou à souffrir l'annulation de l'acte lui-même. L'ascendant aurait également le droit de faire tomber les hypothèques conférées sur ses biens et même les hypothèques légales et judiciaires, car les droits garantis

(1) Demolombe, *op. cit.*, n° 60.

(2) Cass., 26 juin 1882, *J. des not.*, art. 22805.

par une hypothèque ne peuvent être réalisés que par l'aliénation des immeubles grevés.

L'interdiction faite par les père et mère conjointement, cesse à la mort du premier mourant d'avoir effet pour les biens à lui conservés, à moins que l'interdiction ne soit stipulée jusqu'au décès du survivant (1).

Le partage d'ascendant est soumis aux formalités et aux règles des donations ; le dessaisissement de l'ascendant donateur doit donc être irrévocable, et par conséquent ce dernier ne pourrait se réserver la faculté d'aliéner les biens partagés, toutefois l'ascendant pourrait se réserver la faculté d'en aliéner quelques-uns, mais ces biens, par le seul fait de cette réserve, ne seront pas compris dans le partage. Si l'ascendant n'a pas usé de son droit d'aliénation, ils seront compris dans le partage de la succession *ab intestat*.

La solution de cette question nous amène à celle de la mise des dettes à la charge des donataires.

L'ascendant peut certainement mettre à leur charge les dettes présentes (art. 945), mais elles devront avoir date certaine, à moins d'être comprises dans un état estimatif. Il en serait autrement des dettes futures. En obligeant les donataires au paiement des dettes futures, l'ascendant se réserverait ainsi indirectement la faculté d'aliéner les biens donnés ; il ne lui serait cependant pas impossible de faire payer au moins quelques-unes de ses

(1) Cass., 22 juillet 1872, *J. des not.*, art. 20487.

dettes futures à ses enfants ; il lui suffirait pour cela de leur imposer le paiement de son passif jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Cette somme se déduira de la donation et sera affectée au paiement des créanciers ; s'il y a un excédent après l'extinction du passif ; cet excédent se partagera, avec la succession *ab intestat*, entre les enfants (1). D'ailleurs cette stipulation, n'empêcherait pas le donateur d'être débiteur de ses créanciers car l'engagement des enfants est, par rapport à eux, *res inter alios acta* ; pour qu'il en soit autrement, il faudrait l'acceptation du nouveau débiteur par les créanciers.

La condition imposée par un ascendant aux enfants copartagés de ne pas exiger du survivant des donateurs le compte des valeurs mobilières pouvant dépendre de la communauté et qui n'auraient pas été comprises dans le partage, est nulle comme constituant un pacte sur succession future, c'est une renonciation à des droits éventuels dans la succession des père et mère (2).

L'ascendant pourrait-il imposer à ses enfants l'obligation de rapporter à sa succession les biens partagés par donation entre vifs ?

(1) La Cour de cassation par arrêts des 4 mars et 8 mai 1878, *J. des not.*, art. 21944, a jugé que la condition « d'acquitter généralement toutes les dettes passives qui pourront grever la succession » entraîne aux termes de l'article 945 la nullité de la donation ; cette clause ne présente aucune équivoque, par conséquent en déclarant que le père voulait assujettir ses enfants seulement au paiement des dettes présentes le jugement attaqué a, sous prétexte d'interprétation, substitué une clause à une autre et refusé de faire produire à l'acte son effet juridique.

MM. Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 bis V.

(2) Cour d'appel de Paris, 20 février 1884, *Journal des not.*, art. 23169.

Non certainement ; le but du partage d'ascendant est d'empêcher la naissance de l'indivision à la mort de l'auteur commun, par conséquent, il ne peut contenir une clause obligeant les enfants à faire naître cette indivision, dans ce cas l'acte aura été improprement nommé partage, il est simplement une donation en avancement d'hoirie (1).

Toutefois la clause d'imputation des biens partagés, sur la succession du prémourant et de rapport à cette succession, n'empêcherait pas l'acte d'avoir le caractère d'un partage d'ascendant si elle ne portait pas atteinte à l'irrévocabilité du dessaisissement et ne rendait pas nécessaire un nouveau partage en nature, ainsi il sera loisible à l'ascendant sans enlever à sa disposition le caractère de partage, de stipuler le rapport à sa succession d'une somme d'argent à laquelle il aura estimé la valeur des biens donnés (2).

SECTION IV. — Biens qui peuvent faire l'objet du partage d'ascendant.

« Les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. »

Il résulte par argument *à contrario* de ce texte, que le partage testamentaire peut contenir des biens dont l'as-

(1) Tribunal d'Avesnes, 29 août 1884, *Journal des not.*, art. 23519.

(2) Cass. 6, mai 1879, *Journal des not.*, art. 22103. — Cass., 8 juillet 1879, *Journal des not.*, art. 22153.

cendant est devenu propriétaire seulement après la confection de son testament, cette solution découle aussi de l'alinéa 1^{er} de l'article 1076 ; en effet, cet alinéa renvoie aux règles des testaments et le Code permet de disposer par testament de biens dont on n'obtiendra le propriété que postérieurement. Cette différence est très naturelle, le partage testamentaire doit avoir effet seulement à la mort de l'ascendant, le partage par donation entre vifs a un effet immédiat, il transporte immédiatement la propriété ; or pour se dessaisir et rendre le donataire propriétaire, il faut nécessairement que l'ascendant donateur ait cette dernière qualité.

Que faut-il entendre par biens présents ? Les biens présents sont ceux dont l'ascendant est propriétaire irrévocable, peu importe s'il les possède réellement ou s'il a seulement sur eux un droit non liquidé, ainsi une mère pourrait partager entre ses enfants ses reprises contre la succession de son mari défunt, cette donation sera valable, car les reprises sont une valeur réelle, la confusion s'opérera sur la tête des enfants qui en étaient débiteurs comme héritiers du mari.

Si l'ascendant ne respecte pas la prohibition de comprendre dans le partage les biens à venir, quel sera le sort de sa disposition ?

L'article 1076 nous renvoie aux règles des donations ordinaires, par conséquent, il faut appliquer l'article 943 et déclarer le partage nul en tant qu'il porte sur les biens à venir. Certains auteurs ont contesté cette solution en

s'appuyant sur l'article 1076 *in fine*. Si, disent-ils, telle avait été l'intention du législateur il aurait supprimé le 2^e alinéa de l'article 1076 ; le premier alinéa renvoyait aux règles des donations ; en formulant la règle du 2^e alinéa, il a montré par cela même la volonté de modifier cette règle, il est d'ailleurs très significatif que l'article 1076 ne reproduit pas la partie finale de l'article 943, par conséquent la nullité ne doit pas être seulement prononcée pour la partie du partage comprenant les biens à venir, mais pour le partage entier ; s'il en était autrement, l'article 1076, alinéa 2 aurait été supprimé comme inutile. D'après une autre opinion, le partage ne devrait pas être annulé pour le tout en vertu de l'article 1076, 2^e alinéa, car cet article rappelle simplement l'article 943 ; mais devrait l'être parce qu'on ne peut annuler un partage (1) pour partie, cet acte forme un tout indivisible.

Ces raisons ne nous paraissent pas convaincantes. Si l'article 1076, 2^e alinéa, a parlé des biens à venir, ce n'est pas pour poser une règle différente de celle de l'article 943, mais parce que le législateur attachait une très grande importance à cette prohibition, il a cru devoir s'expliquer expressivement afin d'éviter le plus petit doute.

En voyant la suppression de la prohibition des pactes sur succession future, on aurait pu en effet considérer comme effacée la défense de disposer des biens à venir, d'autant plus qu'il en est ainsi pour les donations en

(1) Demolombe, *op. cit.*, VI, n° 67.

faveur du mariage (1). Quant à l'obligation tirée de l'indivisibilité du partage, nous ne la croyons pas plus exacte. La loi présume que l'ascendant tient beaucoup plus à la validité de son partage qu'à la composition de ses lots, en effet, elle n'annule pas nécessairement un partage contenant une lésion de plus du quart au détriment d'un enfant, elle permet de faire disparaître la lésion, par conséquent la loi rejette la prétendue règle de l'indivisibilité. Il faudra donc faire la distinction suivante : la nullité de la disposition des biens à venir entraîne-t-elle une lésion de plus du quart, alors il y aura action en rescision, car la loi ne considère pas l'égalité comme rompue. Tout au plus dans ce 2^e cas, les enfants dont le lot a été amoindri pourraient-ils agir en garantie contre leurs copartagés.

Le partage d'ascendants ayant pour but de régler la succession de l'ascendant, on pourrait en conclure que cet acte doit comprendre tous les biens du disposant. Les pays de coutumes s'inspirant de cette idée avaient interdit les partages partiels, toutefois le droit romain les avait autorisés et notre droit actuel a adopté la solution du droit romain, l'article 1078 nous le prouve, les termes généraux de cet article ne permettent pas de distinguer si les biens composant la succession *ab intestat* ont été omis ou s'ils n'existaient pas encore lors du partage.

(1) MM. Aubry et Rau, t. VIII, n^o 735.

La faculté de faire des partages partiels n'a rien d'illogique, le but de l'ascendant peut être parfaitement atteint par un partage partiel, pourquoi dès lors l'obliger à en faire un total? La réserve de quelques biens est d'ailleurs une très sage précaution contre l'ingratitude possible des enfants. D'autre part, les enfants pourraient certainement partager une partie seulement de la succession et laisser le reste dans l'indivision. D'ailleurs tant qu'il reste quelque chose dans le patrimoine de l'ascendant, la désunion peut naître entre ses enfants et le but de la loi ne sera pas atteint. Toutefois il ne faudrait pas permettre à l'ascendant de comprendre dans son deuxième partage les biens déjà donnés par le premier, car ces biens ne sont plus sa propriété, ils sont sortis irrévocablement de son patrimoine. Les enfants pourraient cependant consentir à voir ces biens faire l'objet d'un nouveau partage, mais ce consentement ne pourrait avoir d'effet vis-à-vis des tiers acquéreurs ou cessionnaires de droits réels.

Pour faire l'objet d'un partage les biens doivent appartenir à l'ascendant, et de plus ce dernier doit en avoir la disposition à titre gratuit.

Une femme mariée sous le régime dotal ne peut donc faire le partage entre vifs de ses immeubles dotaux ni même de ses meubles (si on les considère comme inaliénables), sauf dans le cas exceptionnel de l'article 556 pour l'établissement des enfants communs, et par établissement, il faut non seulement entendre l'établisse-

ment par mariage, mais l'établissement par profession. Si la femme n'avait pas respecté cette prohibition, les enfants pourraient attaquer le partage, car l'inaliénabilité a été déclarée non seulement au profit de la femme, mais aussi en leur faveur (1).

Si donc parmi les enfants, les uns s'établissaient réellement et les autres étaient établis, la disposition serait un partage pour les premiers, mais elle serait nulle à l'égard des seconds.

Cette solution a été attaquée et on a prétendu que l'article 1075 donne à la femme, mariée sous le régime dotal, la faculté de partager ses biens dotaux inaliénables, car cet article est général et ne comporte pas d'exception. Mais s'il en est ainsi, il faudrait permettre à l'interdit, au condamné à une peine afflictive perpétuelle de faire un partage d'ascendant, cette solution n'est cependant admise par personne et ne peut pas l'être. Il y a, en effet, des règles générales sur les incapacités et le législateur n'a pas besoin de répéter ces règles à propos de chaque matière, elles sont sous-entendues.

Il ne faut pas non plus objecter que les enfants étant censés co-propriétaires des biens de leurs ascendants, on ne peut voir une aliénation dans le partage fait par la mère. Cette assertion est inexacte, car les ascendants ont la libre disposition de leurs biens et n'ont aucun compte à en faire à leurs enfants. On ne pourrait non plus pré-

(1) Toulouse, 31 décembre 1883, *Journal des not.*, art. 23245.

tendre que l'inaliénabilité dotale ayant pour but de réserver les biens aux enfants, elle ne saurait être considérée comme violée par le partage, cet acte assurant irrévocablement aux enfants la propriété de ces biens. L'inaliénabilité a été établie en faveur des enfants, c'est vrai, mais elle l'a été au moins autant en faveur de la femme pour la mettre à l'abri du besoin (1).

L'inaliénabilité dotale n'empêche pas, par exemple, la femme de disposer de ses paraphernaux avec l'autorisation de son mari ou de justice, par conséquent elle peut les partager.

L'ascendant ne pouvant comprendre dans le partage que les biens dont il peut disposer à titre gratuit, ne faut-il pas lui interdire de partager les biens donnés antérieurement à un de ses enfants ? Pour résoudre cette question, une distinction s'impose. Le partage anticipé ayant pour but de régler la succession de l'ascendant, ce dernier peut opérer le partage de tous les biens qui seraient indivis par le fait de sa mort ; or les enfants seraient à ce moment obligés de rapporter les biens donnés par l'ascendant sans dispense de rapport, et de les comprendre dans le partage, mais il en serait autrement si la donation avait eu lieu, dans les limites de la quotité disponible, par préciput et hors part car, dans ce cas, les biens ne sont pas soumis au rapport.

L'ascendant pourra donc comprendre dans son par-

(1) M. Laurent, t. XV, n° 42.

tage les biens donnés en avancement d'hoirie, mais il devra laisser en dehors ceux donnés par préciput et hors part, dans les limites de la quotité disponible, à moins que les enfants ne consentent à les faire entrer dans le partage.

Toutefois l'ascendant ne peut nuire aux tiers, par conséquent il ne peut les priver du bénéfice de leur acquisition ou constitution de droit réel avant l'ouverture de la succession, car, à ce moment là seulement, est dû le rapport.

Il faut même aller plus loin et lui refuser le droit de résoudre, même à cette époque, les aliénations et les constitutions de droits réels ; il en est autrement dans les partages ordinaires, mais les créanciers ont alors une sauvegarde, dont ils sont privés ici, ils peuvent intervenir au partage afin de vérifier la régularité des opérations et empêcher toute fraude à leurs droits. Dans le partage d'ascendant les créanciers ne peuvent intervenir, par conséquent leurs droits ne seront pas résolus ; si on en décidait autrement, il serait trop facile à l'ascendant de frauder les tiers acquéreurs.

Le partage des biens donnés en avancement d'hoirie n'aura donc aucun effet vis-à-vis des tiers ; vis-à-vis des enfants, il n'aura d'effet qu'à la mort de l'ascendant, car à cette époque seulement le rapport aurait pu être exigé.

L'ascendant peut partager soit par testament, soit par donation les biens donnés antérieurement, seulement dans le premier cas il sera exposé à la nullité de son

partage, en effet, les enfants aliénant les biens donnés ne sont plus tenus qu'au rapport en moins prenant et il pourra y avoir lieu à nullité pour inégalité du partage en nature, si l'ascendant avait mis des biens soumis au rapport dans le lot d'un des cohéritiers. La renonciation de l'enfant devant le rapport pourrait causer une lésion de plus du quart à l'enfant, dans le lot duquel ont été mis les biens à rapporter, et par conséquent entraîner la nullité du partage, l'ascendant agira donc prudemment en plaçant les biens soumis au rapport dans le lot des enfants qui le doivent.

Supposons maintenant, non plus un don en avance-ment d'hoirie, mais une institution contractuelle ou encore la donation de la quotité disponible faite au profit du conjoint, d'un étranger ou d'un enfant, l'ascendant pourra-t-il faire le partage de son patrimoine ?

On l'a nié en se fondant sur l'article 1083 ; aux termes de cet article, le donateur ne peut disposer des biens donnés sinon pour faire une donation minime, et le partage constitue une disposition à titre gratuit, en outre il change la nature de la donation, cette dernière porte sur une quote-part des biens, or par le partage on la fait porter sur certains biens particuliers.

Un auteur reconnaît la validité du partage par donation entre vifs dans le cas d'une institution contractuelle, à la condition du consentement de l'institué.

Nous ne croyons pas cette solution exacte ; quel est en effet le but de la prohibition de l'article 1083 ? c'est d'em-

pêcher la réduction de la donation, par un acte à titre gratuit, or où y a-t-il, dans l'attribution de biens déterminés, réduction de la libéralité faite à l'institué contractuel ? L'institué ne peut se plaindre de voir ses droits fixés, il lui fallait toujours bien y arriver, pourquoi donc pourrait-il se plaindre ? Dans notre ancien droit il en était ainsi, l'institution ne faisait pas obstacle au partage (1). Quant à la solution proposée par M. Genty nous ne saurions l'admettre, elle constitue un pacte sur succession future. L'institution contractuelle ou la donation de la quotité disponible n'empêchera donc pas l'ascendant de procéder au partage de ses biens (2) ; mais quel sera vis-à-vis de l'institué ou du donataire le caractère de l'acte ? Produira-t-il l'effet du partage ? On l'a nié en disant que l'attribution de biens spéciaux ne peut porter aucune atteinte aux droits des institués ou des donataires et par conséquent toute lésion, si faible soit elle pourvu qu'elle soit appréciable, doit donner lieu à une réclamation pour insuffisance de lot.

Cette solution conduit à une conséquence bizarre, un institué contractuel tient son droit du disposant, il pourra réclamer contre la plus petite lésion, un enfant tient son titre de la loi et la loi interdit expressément toute atteinte à la réserve, cependant il pourra réclamer seulement pour une lésion de plus du quart ; la prohibition d'atteinte à la réserve, prohibition d'ordre public, fléchit devant la

(1) Ricard, *Donations*, 1^{re} partie, ch. 4, sect. 2, n° 1064.

(2) Cass., 25 février 1878, S. 81.1.73.

faveur accordée aux partages d'ascendants, comment pourrait-il en être autrement du droit de l'institué contractuel. Supposons d'ailleurs un des enfants donataire de la quotité disponible, que va-t-il se passer ? D'après le système proposé l'enfant, comme précipitaire va avoir le droit de réclamer contre la plus petite lésion, comme réservataire, il pourra réclamer uniquement contre une lésion de plus du quart. Cette solution est inadmissible, et la Cour de cassation l'a rejetée par un arrêt du 25 février 1878 (1).

On objecte, il est vrai, que nous arrivons à des conséquences inadmissibles ; supposons, par exemple, un patrimoine dont la valeur s'élève à 90.000 francs, deux héritiers et un donataire de la quotité disponible, au lieu de donner à chacun 30.000 francs, l'ascendant donne 40.000 francs au donataire de la quotité disponible et 25.000 francs à chacun de ses enfants, aucun des enfants n'est lésé de plus du quart, faudra-t-il valider une semblable disposition ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement mais en vertu de l'article 920 ; cet article permet en effet de faire réduire les libéralités qui dépassent la quotité fixée par l'article 913. L'ascendant sera présumé avoir fait un partage d'ascendant afin de pouvoir outrepasser la quotité disponible.

Quel serait l'effet d'une promesse d'égalité ?

L'ascendant en faisant une promesse d'égalité à ses

(1) *J. des not.*, art. 21844.

enfants ne s'enlève pas la faculté de leur partager ses biens, mais uniquement la possibilité d'avantager un des enfants au détriment des autres (1).

L'ascendant doit toutefois, si les enfants n'y renoncent pas, observer la promesse d'égalité. Quand faudra-t-il considérer l'égalité comme rompue ? Évidemment on ne saurait exiger une égalité mathématique, la loi ne considère pas l'égalité comme rompue par une lésion du quart, même lorsque cette lésion porte atteinte à la réserve. Cette solution a été donnée parce que la valeur d'une chose n'est pas fixe et immuable mais, au contraire, changeante et relative, variant selon les points de vue auxquels on se place. La prohibition d'attaquer un partage pour lésion de moins d'un quart est ainsi d'ordre public, par conséquent les enfants pourront se plaindre de la violation de la promesse d'égalité uniquement s'ils souffrent une lésion de plus d'un quart. Comment d'ailleurs accorder une action en rescision pour une lésion moindre du quart, lorsque l'atteinte portée à la réserve donne lieu à une action en réduction, seulement dans le cas où la lésion est supérieure au quart ; la loi défend cependant de la façon la plus formelle toute atteinte à la réserve, par conséquent si la loi donne une action seulement dans le cas de lésion de plus du quart, c'est qu'elle considère une différence moindre comme ne rompant pas l'égalité. La solution doit être la même pour le cas

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 731, note 12.

de la promesse d'égalité (1). Nous ne saurions donc admettre l'opinion de Duranton (2). D'après cet auteur, dans le cas d'une lésion inférieure au quart il y aurait lieu à une demande d'indemnité. Cette solution, en effet, ne tient pas compte de ce que la loi regarde comme ne rompant pas l'égalité, toute lésion égale ou inférieure au quart.

Toutefois nous admettrions une demande en indemnité ou même la rescision pour cause de lésion, dans le cas d'une lésion inférieure au quart si l'ascendant avait fait un partage anticipé pour tourner sa promesse d'égalité. L'ascendant commet alors une fraude et la fraude doit être arrêtée par tous les moyens, elle n'est pas protégée par la loi. Seulement il ne suffirait pas d'affirmer la fraude, il faudrait la prouver.

L'ascendant pouvant partager les biens dont il a la disposition à titre gratuit peut, lorsqu'il est marié sous le régime de la séparation de biens ou sous un régime exclusif de communauté, partager tous ses biens, mais en est-il de même sous le régime de la communauté, l'ascendant peut-il avec son conjoint disposer de la communauté? On a refusé ce pouvoir aux deux conjoints car pendant la durée de la communauté, les biens ne sont pas la propriété de la femme et le mari ne peut pas disposer entre vifs, à titre gratuit, des immeubles qui la composent ou d'une quote-part du mobilier, sauf pour l'établissement des enfants communs. En outre, l'arti-

(1) En sens contraire, de Masfrand, *Voies d'attaque contre les partages d'ascendants*, n° 37, I.

(2) T. IX, 655.

cle 1453 donne à la femme le pouvoir d'accepter ou de renoncer lors de la dissolution de la communauté et lui défend de faire aucun acte compromettant cette faculté.

Cette solution n'est pas exacte, la femme est dès le commencement du mariage copropriétaire des biens, et si le mari est chef de la communauté c'est afin d'éviter les ennuis qui peuvent naître de l'absence de direction unique, mais la femme n'en est pas moins copropriétaire. Si les pouvoirs du mari sont limités, c'est précisément pour l'empêcher d'abuser de son pouvoir et cette limitation a été établie en faveur de la femme et aussi dans l'intérêt des enfants, or l'intérêt des enfants est certainement le maintien du partage, de cette façon les parents ne pourront plus les priver des biens qui en font l'objet ; quant aux époux, ils sont libres de disposer des biens de la communauté lorsqu'ils sont d'accord, ils peuvent les aliéner à titre gratuit au profit d'un tiers, pourquoi ne pourraient-ils pas le faire au profit de leurs enfants (1) ? Quant au troisième argument il ne prouve rien, le partage de la communauté entre les enfants n'implique nullement l'acceptation de la femme, la communauté n'est nullement partagée, la femme renonce uniquement à la propriété des biens donnés ou à l'espoir d'en devenir propriétaire et aucun texte ne lui défend cette renonciation, à la dissolution de la communauté elle pourra donc accepter ou refuser cette dernière à son gré.

(1) Cour d'appel de Caen, 26 janvier 1888, *J. des not.*, art. 24474.

D'ailleurs la femme peut donner ses biens propres à ses enfants, on ne peut donc invoquer pour lui interdire le partage de la communauté, la crainte d'une pression de la part de son mari.

Supposons que la communauté vienne à se dissoudre après le partage d'ascendant, de deux choses l'une, ou la femme accepte, ou elle n'accepte pas ; si elle l'accepte, rien de changé car elle était propriétaire sous la condition résolutoire de sa renonciation, la femme a donc valablement transmis sa part dans les biens partagés. Si elle renonce il n'y aura encore rien de changé, mais la femme cessant rétroactivement d'être propriétaire, par l'effet de sa renonciation le mari sera considéré comme ayant fait nul le partage, car, il se trouvera avoir été seul propriétaire *ab initio*.

Comment calculer la part afférente à chacun dans la communauté ? Pour les enfants communs le calcul est très facile, il suffit de diviser l'actif de la communauté par leur nombre pour avoir la part de chacun ; quand il y a des enfants de différents lits, les enfants communs reçoivent une part pour le côté paternel, et une pour le côté maternel, les autres ne reçoivent qu'une seule part.

Les père et mère peuvent donc faire conjointement le partage de la communauté, peuvent-ils le faire séparément ?

Non ils ne le peuvent pas, car s'ils sont tous deux propriétaires ; pris séparément ils n'ont aucun droit. L'article 1453 défend à la femme d'accepter la communauté

avant la dissolution, or un semblable partage serait manifestement une acceptation. L'article 1422 interdit au mari de disposer des immeubles et même d'une quote-part du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Ce partage de la communauté, fait par le père, serait donc uniquement valable dans le cas où il aurait lieu pour l'établissement des enfants communs, en supposant qu'ils s'établissent tous à la date du partage et aussi dans le cas où la femme renoncerait.

L'article 1441 énonce d'ailleurs les modes de dissolution de la communauté, et la volonté des parties ne figure pas parmi ces modes. L'article 1423, dans le cas où un bien de la communauté a été légué par le mari, en permettant seulement la réclamation du legs si le bien légué tombe dans le lot du mari, montre que ce dernier n'a aucun pouvoir pour partager la communauté.

On objecte encore que l'article 1075 est général, par conséquent interdire à chacun des époux de partager entre les enfants la part lui revenant dans la communauté, c'est restreindre considérablement le champ d'application de cet article. Nous répondrons que si le législateur avait voulu déroger au droit commun sur le point du partage de la communauté, il s'en serait formellement expliqué, or il ne l'a pas fait, donc il faut appliquer le droit commun.

Il faudrait donc déclarer nuls les partages de la communauté faits soit par testament, soit par actes notariés et on ne pourrait voir là des partages provisionnels, car

ou le partage provisionnel empêcherait la communauté d'exister et la loi le défend ; ou il ne l'empêcherait pas d'exister et ce ne peut être que par une fiction, or il n'y a pas de fiction sans texte, donc on ne peut admettre cette solution (1).

Cette prohibition du partage de la communauté par chaque conjoint séparément est d'ailleurs très naturelle, car il aurait suffi au mari d'aliéner un certain nombre des biens donnés par la femme pour faire crouler le partage opéré par cette dernière.

L'époux survivant pourrait-il ratifier le partage ? Non, car la loi interdisant cet acte, s'il était fait malgré cette prohibition, il n'aurait aucune existence juridique, par conséquent toute ratification serait impossible. Les époux, si la dissolution a été prononcée pour une autre cause que le décès de l'un d'eux, pourraient uniquement recommencer leur partage.

Supposons maintenant la communauté indivise, mais partageable par suite du décès d'un des époux, le survivant pourra-t-il la partager ? Non, car pour faire un partage d'ascendant il faut être propriétaire des biens partagés, or ici l'ascendant n'en est pas propriétaire ; les biens revenant au survivant comme formant sa part dans la communauté appartiennent aux enfants ; si l'ascendant les comprenait malgré cela dans son partage, le partage de ces derniers biens serait nul dans le cas

(1) Laurent, t. XV, n° 51.

où l'ascendant les aurait partagés séparément des siens; si, au contraire, l'ascendant a fait ses attributions sans tenir compte de l'origine des biens, son partage entier est nul (1).

Le premier mourant pourrait-il donner mandat au survivant de faire le partage ? Dans l'ancien droit quelques Coutumes l'ont admis, mais aujourd'hui cette solution doit être rejetée, car le mandat prend fin par la mort du mandant (2).

Mais le survivant faisant, avec le sien, le partage des biens revenant au prémourant dans la communauté, ne pourrait voir son partage attaqué comme contenant la disposition de choses appartenant à autrui, s'il a imposé aux enfants le respect de cet acte sous peine d'être privés de leur part dans la quotité disponible. Il y a là, en effet, une obligation de faire sanctionner par une clause pénale, l'obligation d'accepter le partage, et cette obligation se résout pour l'enfant entre le choix d'accepter le partage ou de se voir privé de sa part dans la quotité disponible (3). Si les enfants étaient majeurs ils pourraient ainsi acquiescer au partage fait par le père, il leur est aussi possible de renoncer à leur propriété pour que le survivant la partage, les mineurs ne pourraient em-

(1) La Cour de Montpellier a jugé, en ce sens le 27 février 1893, *J. des not.*, art. 25842, que le partage fait par les enfants sous l'autorité de leur mère des biens dépendant de la communauté ayant existé entre elle et son mari, était nul comme partage d'ascendant pour la part revenant au mari et constituait seulement un partage ordinaire pour cette part.

(2) Demolombe, *op. cit.*, VI, n° 90 bis.

(3) *Contrà* Laurent, XV, n° 52.

ployer ce mode, pour eux il y a une seule manière de recueillir une succession : l'acceptation bénéficiaire, par conséquent s'il y a un mineur le partage ainsi opéré sera nul (1).

Les mineurs ne pourraient, après la mort du donateur, ratifier par une transaction homologuée par le tribunal après l'observation des formalités prescrites par l'article 467. Il y aurait là en effet un moyen de tourner la loi ne reconnaissant pour le mineur que l'acceptation bénéficiaire. Les majeurs toutefois pourraient se porter fort de la rectification du mineur à sa majorité. Celui d'entre les enfants qui se trouverait lésé de plus du quart dans le partage de la part revenant au conjoint prédécédé, mais ne subirait aucune lésion ou une lésion inférieure au quart dans le partage total, pourrait-il agir en rescision ? non, car les enfants ont consenti à ce qu'un partage général soit fait, par conséquent l'égalité doit s'apprécier sur ce partage général et non pas sur chacune de ses parties.

Lorsque le survivant, avec l'assentiment des enfants, partage en une seule masse ses biens et ceux de son conjoint prédécédé, avec réserve à son profit d'une rente viagère, et stipule la faculté de reprendre le lot de celui des enfants qui ne paiera pas la rente, si l'ascendant donateur use de la faculté accordée par cette clause et reprend le lot de l'enfant en retard, ce dernier ne peut exiger la part lui venant de sa mère, il a accepté la clause, il doit la subir.

(1) Limoges, 15 juillet 1896, *J. des not.*, art. 26544.

CHAPITRE II

EFFETS DU PARTAGE D'ASCENDANT.

SECTION I. — Effets du partage par testament.

Le partage par testament constitue un acte de dernière volonté et, aux termes de l'article 1076, il faut lui appliquer les règles des testaments, il est donc toujours révocable. Lorsque la révocation est expresse, il n'y a aucun doute, mais faut-il considérer le partage comme révoqué tacitement par l'aliénation des biens qui y sont compris ? Il faudrait certainement annuler le partage si tous les biens avaient été aliénés, il faudrait encore donner cette solution, par application de l'article 1078, dans le cas où l'aliénation aurait porté sur un lot entier.

Lorsque l'ascendant a aliéné un ou quelques-uns seulement des biens donnés, le partage ne doit plus être annulé. En effet, on ne saurait objecter l'article 1038. Cet article s'applique au legs d'une chose particulière, cela résulte de ses termes même : « tout ou partie de la chose léguée » ; or il s'agit d'une chose particulière, d'un meuble ou d'un immeuble, mais d'un ensemble de biens répartis en lots ; d'ailleurs la nullité s'applique uniquement à la chose léguée, et par conséquent, si deux choses

ont été liguées et une seule aliénée, la nullité atteindra cette dernière seule et non pas l'autre. D'autre part, admettre la révocation d'un partage d'ascendant pour aliénation d'un seul des biens qui en font l'objet, c'est enlever à l'ascendant la possibilité d'administrer son patrimoine, c'est lui enlever complètement, sauf *in extremis*, la faculté de faire un partage d'ascendant par testament.

Cependant si l'aliénation constituait au détriment d'un des copartagés une lésion de plus du quart, celui-ci aurait certainement une action en rescision, il en serait de même si une semblable lésion provenait de la plus ou moins value de certains biens. Que décider si la lésion est seulement inférieure ou égale au quart ?

M. Genty distingue entre la lésion causée par la volonté plus ou moins consciente de l'ascendant ou celle causée par la plus ou moins value résultant d'un cas fortuit. Dans le premier cas, il faut pour apprécier l'égalité se reporter au moment où l'acte a été fait, par conséquent accorder une indemnité pour les biens aliénés, dans le deuxième, il faut se placer à la mort, donc ne pas en accorder.

Une deuxième opinion refuse toute indemnité dans le premier cas, car on doit supposer chez l'ascendant la volonté de modifier le partage par son aliénation, le partage par testament n'est d'ailleurs qu'un projet jusqu'à la mort du testateur, par conséquent on ne peut le considérer comme existant, avant cette époque on ne saurait donc

parler d'indemnité. Dans le second cas, cette opinion admet qu'il faut se placer à l'ouverture de la succession et par conséquent, en principe, aucune indemnité n'est due, mais elle accorde aux juges le droit d'examiner si, d'après les circonstances, il n'y a pas lieu d'en accorder une. Une troisième opinion que nous considérons comme beaucoup plus exacte n'accorde jamais d'indemnité. Si, en effet, l'ascendant a aliéné une partie des biens composant un lot, l'ascendant était toujours libre de modifier son partage, et on ne peut présumer qu'il a agi par erreur. Les enfants auront seulement l'action en rescision pour le cas où ils souffriraient une lésion supérieure au quart, mais il est impossible de leur donner une action en garantie. Si maintenant la lésion résulte de faits accidentels, de deux choses l'une, ou l'ascendant l'a connue ou il l'a ignorée. Dans le premier cas, il pouvait modifier son partage s'il le trouvait contraire à sa volonté, par conséquent en ne changeant rien, il montre son intention de respecter le changement advenu. Dans le deuxième cas, celui où l'ascendant a ignoré le changement, on ne doit pas davantage accorder l'indemnité, car l'article 1079 en donnant une action seulement pour une lésion de plus du quart, considère les inégalités moindres comme ne portant aucune atteinte à l'égalité et nous avons déjà vu que cette règle avait été établie par suite de considérations d'ordre public (1).

(1) M. Lyon-Caen, *Partages d'ascendants*, n° 214.

L'ouverture de la succession déterminera donc la part de chacun des enfants et aucun d'eux ne pourra faire de réclamations, si ce n'est celles autorisées par l'article 1079.

En quelle qualité les enfants recueilleront-ils cette part, comme héritiers ou comme légataires ? Ce sera en qualité d'héritiers. Telle était la solution adoptée par notre ancien droit, et le Code civil ne l'ayant pas modifiée nous devons encore la suivre aujourd'hui. D'ailleurs c'est la seule solution logique. Que fait en effet l'ascendant au moyen du partage ? Il tranche par avance les difficultés auxquelles pourrait donner naissance l'attribution à chaque héritier de la part lui revenant dans la succession ; au lieu de transmettre une succession indivise, l'ascendant transmet une succession déjà partagée, par conséquent, la seule différence existant entre le cas où il intervient un partage d'ascendant par testament et celui où il n'en intervient pas, c'est que dans le premier cas, le partage est fait avant l'ouverture de la succession et dans le deuxième il intervient seulement après. Les enfants, il est vrai, seront obligés de supporter les inégalités égales ou inférieures au quart, mais n'en est-il pas ainsi lorsqu'ils mettent eux-mêmes fin à l'indivision ? C'est là une conséquence de l'article 1079. On objecte en outre, que tout acte contenant disposition des biens pour après la mort est un testament, par conséquent doit recevoir l'application des règles prescrites pour les testaments ; l'article 1076 le dit d'ailleurs expressément. Or

les personnes appelées à recueillir des biens en vertu d'un testament sont des légataires et non des héritiers ; de plus les raisons données pour regarder le partage testamentaire comme une simple distribution de biens s'appliquent également au partage par donation entre vifs, par conséquent il faudrait le considérer lui aussi, comme étant exclusivement un acte de distribution (1).

Ces objections ne nous paraissent pas fondées ; l'article 1076 en renvoyant aux règles et conditions des testaments a entendu les conditions de capacité, les règles de forme, mais l'article 1075 qui précède l'article 1076, nous montre que le législateur n'a pas voulu appliquer ici les conséquences du testament ; cet article, en effet, se sert des expressions « distribution et partage », il admet ainsi la délation *ab intestat* d'une succession partagée. Si dans le partage par donation entre vifs il n'en est pas ainsi, c'est que la donation exige un dessaisissement actuel et irrévocable, il y a dans cette dernière, chez l'ascendant, l'intention de gratifier ses enfants.

Laurent (2) objecte, que reconnaissant la nullité du testament par suite d'une renonciation collective nous devons admettre la nullité de la part faite à celui qui renonce à son lot, car, dit-il, pour que la renonciation de tous soit valable il faut nécessairement que la renonciation de chacun le soit. La réponse est facile, si nous considérons le testament comme annulé par la renon-

(1) Laurent, t. XV, n° 53.

(2) Laurent, t. XV, n° 55.

ciation de tous, c'est que le partage d'ascendant doit être fait aux héritiers ; or par suite de la renonciation aucun de ceux auxquels il a été fait ne devient héritier, par conséquent le partage est nul.

D'ailleurs en reconnaissant aux copartagés la qualité de légataires et non celle d'héritiers, on rend l'article 1079 inutile, on leur donne en effet un moyen bien simple de faire tomber le partage pour la plus petite lésion, il leur suffit de renoncer au bénéfice du testament. Et avec ce système on devrait supprimer le partage d'ascendant testamentaire, l'ascendant ne peut en effet l'imposer et s'il craint l'esprit haineux d'un de ses enfants il ne pourra aucunement y remédier. M. Laurent (1) répond, que le but de la loi n'est pas de forcer les enfants à accepter le partage d'ascendant, ce serait là le plus sûr moyen d'amener des divisions. Cette assertion de M. Laurent est manifestement erronée, elle est contraire aux travaux préparatoires.

Faut-il encore maintenir notre solution, si l'ascendant a déclaré léguer à chaque enfant par préciput et hors part les biens composant son lot ? Notre ancien droit pour résoudre cette question se basait sur l'intention de l'ascendant ; avait-il voulu user du droit que lui accordait la loi de faire un partage, les enfants étaient considérés comme héritiers bien qu'ils fussent appelés comme des légataires ; au contraire avait-il voulu avantager

(1) Laurent, t. XV, n° 55.

certains enfants plus qu'il n'aurait pu le faire par un partage ordinaire, alors on considérerait ses dispositions comme des legs. Sous l'empire du Code civil, cette distinction devrait encore être adoptée.

De ce que les enfants viennent à la succession de leur père comme héritiers, il s'en suit qu'ils doivent avoir la capacité des héritiers et non pas celle des légataires ; ils accepteront donc ou renonceront dans la forme prescrite pour les acceptations ou renonciations de successions et non pas dans celle des acceptations ou renonciations de legs.

Ainsi un condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut, sauf application de l'article 4 de la loi du 16 mai 1854, bénéficier d'un legs, mais il pourra bénéficier d'un partage d'ascendant fait par testament. Les règles de l'indignité seront celles des successions et non pas celles des legs.

Si l'héritier renonce à la succession peut-il retenir le legs jusqu'à concurrence de la quotité disponible ? L'article 843 ne saurait s'appliquer ici et, par conséquent, l'enfant ne pourra retenir son lot s'il renonce à la succession. Pour que cet article s'applique, il faut nécessairement chez l'enfant la qualité de donataire avec celle d'héritier, or ici l'enfant a bien la deuxième mais il lui manque la première, il ne pourra donc rien retenir de son lot en renonçant. L'ascendant pourrait toutefois lui permettre de garder le lot en renonçant, mais pour cela une clause expresse est nécessaire.

Pour le même motif, si l'enfant renonce au bénéfice de l'allotissement de l'ascendant il ne peut venir à la succession comme héritier *ab intestat* ; l'allotissement fait corps avec la succession, en renonçant à l'un, on renonce à l'autre.

Si, dans le partage d'ascendant, un legs a été fait par préciput, alors le précipitaire pourra garder son legs en renonçant car il est un véritable légataire, mais on ne saurait invoquer l'article 843 nouveau pour prétendre que l'allotissement est fait par préciput ; l'article 843 s'applique aux legs et non pas aux partages d'ascendant, il a eu pour but de modifier l'article 843 ancien et il y avait de bonnes raisons pour cette modification, mais il n'a nullement voulu changer les dispositions des articles 1075 et 1076 et en détruire l'économie, l'allotissement contenu dans un testament n'est pas un legs.

La découverte d'un partage testamentaire après l'acceptation ou la répudiation de la succession autoriserait-elle la rescision de l'acceptation ou de la répudiation ? Oui d'après l'opinion de M. Laurent, non d'après l'opinion qui considère les enfants comme héritiers. En effet le partage testamentaire n'apporte aucune modification à la situation, il détermine seulement la part de chacun, pas autre chose, il leur apprend que le partage est fait.

Les enfants étant des héritiers ils sont saisis de plein droit par le décès de l'ascendant, ils ont donc droit aux fruits à partir de ce jour et non pas à dater de la demande en délivrance de legs, cette formalité est complètement inutile.

Lorsqu'un des enfants prédécède sans laisser d'enfant, renonce ou est déclaré indigne, son lot est partagé par les autres aux termes de l'article 1077, ou s'il y a eu une institution universelle faite au profit des enfants, les cohéritiers recueilleront cette part par droit d'accroissement.

Que dire maintenant du cas où l'enfant institué prédécède mais laisse des enfants ? Les partisans de l'application des règles de la capacité testamentaire déclarent le partage inefficace aux termes de l'article 1078, en effet, l'article 1039 porte : toute disposition testamentaire est caduque si celui en faveur duquel elle a été faite n'a pas survécu au testateur ; de plus, l'ascendant a bien pu donner un lot à un de ses enfants et ne pas vouloir le donner à un de ses petits-enfants.

M. Baudry-Lacantinerie, partisan lui aussi de l'application des règles de la capacité testamentaire, admet toutefois les petits-enfants par représentation de leur auteur ; il faut supposer, dit-il, une substitution vulgaire tacite, pour peu que le testament s'y prête. Nous répondrons à cela qu'une substitution existe ou n'existe pas, mais ne se suppose pas.

Il faut appeler les petits-enfants par représentation de l'enfant prédécédé. Pour l'application de l'article 1078 il faut l'omission d'un enfant, or il n'en est pas ainsi dans la pensée du testateur, le lot est donné à l'enfant comme représentant d'une souche et par conséquent si cet enfant meurt, la libéralité s'adresse au petit-enfant qui devient

représentant de la souche par l'effet de ce décès ; c'est l'article 740 que l'on doit appliquer et non pas l'article 1039, car l'article 1039 s'applique à des légataires et dans le partage testamentaire il n'y en a pas.

Quant à l'objection tirée de ce que le partage n'est peut-être plus conforme à la volonté de l'ascendant nous ne pouvons annuler un acte sur l'assertion qu'il est peut-être contraire à l'intention de l'ascendant. Nous sommes en présence d'une volonté exprimée et d'une volonté supposée, il est beaucoup plus sûr de prendre celle qui est exprimée. D'autant plus que le testateur n'avait qu'à changer son testament s'il ne répondait plus à ses désirs, et s'il est incapable de le modifier il est incapable aussi de modifier sa volonté première.

Les enfants sont tenus à la garantie les uns envers les autres, aux termes des articles 884 et 886. Il faudrait appliquer aussi les articles 2103 et 2109, ils auront un privilège pour sûreté de leur action en garantie et du paiement des soultes, on ne saurait appliquer l'article 1046. Les legs sont révocables pour inexécution des conditions ou des charges imposées, mais ici il n'y a pas de legs, il y a seulement des allotissements faits au profit d'héritiers.

Le partage ne pourrait non plus constituer un juste titre pour mener à la prescription, la possession de l'enfant est la continuation de celle de l'ascendant et affectée des mêmes vices. L'article 883 s'applique ici, car il s'applique dans tous les partages, par conséquent, le par-

tage fait par l'ascendant comme celui opéré par les enfants eux-mêmes, aura un effet déclaratif. Ainsi une femme mariée sous le régime de la communauté, reçoit une certaine somme d'argent représentant sa part dans un immeuble impartageable en nature, cette somme d'argent lui restera propre et ne tombera pas en communauté.

On a même prétendu que la règle de l'article 883 s'appliquait ici d'une façon plus complète ; en effet, les partages ordinaires sont précédés d'une indivision, tandis que ceux de l'ascendant ne l'ont jamais été, par conséquent, chaque enfant n'a véritablement jamais été propriétaire que de son lot et les autres n'ont jamais eu de droit dessus, par suite, a-t-on dit, si l'on suppose un individu partageant son patrimoine, se composant uniquement d'immeubles, entre ses enfants parmi lesquels se trouve une femme dotale, et stipulant une soulte en argent au profit de cette dernière, cette soulte aura le caractère mobilier et comme tel, ne sera pas soumise à l'emploi. Nous ne croyons pas cette assertion exacte, ce partage fait par l'ascendant doit produire les effets semblables à celui fait par les héritiers après le décès, par conséquent, la soulte revenant à la femme sera soumise au remploi comme représentative d'une valeur immobilière ; il n'y a pas eu d'indivision réelle, mais il y a eu indivision fictive.

SECTION II. — Effets du partage par donation entre vifs.

A la différence du partage par testament, le partage par donation entre vifs produit immédiatement ses effets ; il dessaisit actuellement l'ascendant, donne irrévocablement aux enfants les biens dont ceux-ci devaient avoir la propriété seulement après la mort de l'ascendant et encore en acceptant sa succession, tandis qu'ils vont pouvoir les garder tout en renonçant. Il est donc translatif de propriété. Mais il est destiné à éviter aux enfants les ennuis du partage, il suppose leur copropriété, fait naître entre eux la garantie et donne naissance au privilège des copartageants. Il est donc à ce titre un acte distributif. Le partage par donation entre vifs est donc un acte d'une nature complexe, à la fois translatif et distributif de propriété, quelles règles faudra-t-il lui appliquer ?

Suivant certains auteurs il faudrait considérer, sauf stipulation contraire, le partage par donation entre vifs comme une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant, par conséquent, il fixerait sur la tête des copartagés la propriété des biens d'une façon irrévocable ; il faudrait donc appliquer à ce partage les règles des successions et calculer d'après les biens qui le composent, la quotité disponible dont l'ascendant pouvait disposer, de plus, toutes les voies de recours contre le partage, sauf cependant celles de l'article 1078 seraient dès actuelle-

ment ouvertes. Décider autrement ce serait laisser la validité du partage dans l'incertitude jusqu'à la mort de l'ascendant, et par conséquent, méconnaître le but de la loi et apporter une entrave à la libre circulation des biens. Ce système s'appuie en outre sur l'article 1076 ; cet article ne dit pas que les partages d'ascendant sont faits par donation mais par acte entre vifs, avec les formalités prescrites pour les donations, par conséquent, il ne faut pas exiger de rapport même fictif, sous peine de violer la règle du dessaisissement. L'article 1077 vient encore à l'appui de ce raisonnement ; en effet, parlant des biens qui n'ont pas été compris dans le partage, il dit : « Ceux de ses biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi. » Ces termes font une opposition manifeste entre le partage opéré par l'ascendant et le partage qui doit avoir lieu à sa mort ; ces deux partages sont absolument indépendants l'un de l'autre (1).

Ce système est abandonné depuis longtemps et avec juste raison. Il bat en brèche un principe d'ordre public : « Il ne peut y avoir lieu à l'ouverture de la succession d'une personne vivante » *nulla est viventis hereditas*, principe qui n'a jamais reçu d'autre exception que celle de la mort civile, et se trouve formellement exprimé par

(1) Garnier, *Répertoire de l'Enregistrement*, t. III, n° 9506.

On a invoqué aussi l'article 3 de la loi du 16 juin 1824 ; cet article réduit le droit de mutation des donations entre vifs portant partages d'ascendant au même taux que les mutations après décès. Mais cette loi ne prouve rien, elle a pour but unique de favoriser les partages d'ascendant.

l'article 718. D'ailleurs, ce système ne donne pas seulement lieu à l'ouverture de deux successions pour une même personne, mais de trois, de quatre, etc... autant qu'il y a de partages successifs, plus celle s'ouvrant au décès du *de cuius*. L'article 1078 condamne formellement cette doctrine. Pour savoir quelles sont les héritiers d'une personne il faut se placer au moment de l'ouverture de sa succession, donc si sa succession s'ouvre au moment du partage, il faut se placer à cette époque et non pas à un autre moment ; or l'article 1078 nous ordonne de nous placer au décès, par conséquent nous ne pouvons considérer le partage comme l'ouverture de la succession de l'ascendant pour la répartition des biens dont il se compose.

Un deuxième système (1) reconnaît au partage par donation entre vifs un double caractère : le caractère translatif et le caractère distributif, mais il considère le premier seul comme certain et actuel, le deuxième comme futur et éventuel. L'ascendant veut gratifier ses enfants, mais en faisant sa donation il suit les règles imposées par la loi au sujet de la quotité revenant à chacun d'eux, il veut que cette donation, pour le cas où ses enfants accepteraient sa succession, leur serve de partage afin de leur éviter la peine d'en faire un, mais ceci c'est le but éventuel, il arrivera ou n'arrivera pas, on n'en sait rien, on le saura à la mort de l'ascendant. Jusque-là, les en-

(1) De Masfrand, n° 87.

fants sont des donataires et uniquement des donataires, toutefois au décès de l'ascendant, s'ils acceptent sa succession, ils deviendront des héritiers copartagés, mais ils ne le sont pas encore, ils ne seront des copartagés que le jour où ils accepteront la succession et, en vertu de l'article 1075, jusque-là ils sont uniquement des donataires en avancement d'hoirie.

Les enfants étant pendant la vie de l'ascendant des donataires copartagés il faudra appliquer les articles 920 et 922, il y aura lieu, à la mort de l'ascendant, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et pour connaître le montant de cette quotité disponible, il y aura lieu de réunir fictivement les biens donnés dans le partage d'ascendant aux biens se trouvant dans la succession à la date du décès. Ces biens seront estimés d'après leur valeur à ce jour et leur état à celui de la donation. C'est seulement aussi à l'époque du décès que s'ouvrira l'action en rescision, également à cette époque naîtront l'action en garantie et le privilège accordé pour le paiement des soultes.

Toutefois, M. Demolombe, tout en adoptant cette théorie n'a pas cru devoir admettre ces deux dernières conséquences pourtant très logiques ; elles lui ont paru d'une injustice criante, aussi, tout en considérant le partage d'ascendant comme une simple donation en avancement d'hoirie pendant la vie de l'ascendant, il lui fait produire deux effets des partages : la garantie et le privilège, parce que, dit-il, ces deux actions tendent à demander le

maintien de la donation tandis que les autres tendent à attaquer le partage, et d'ailleurs à quoi serviraient l'action en garantie et le privilège s'ils naissent seulement au décès de l'ascendant ? A cette époque, des créanciers de l'enfant pourront absorber la valeur de biens compris dans le lot de ce dernier.

Ces motifs sont très sérieux, mais il n'était pas besoin pour donner satisfaction à la justice de se mettre en contradiction formelle avec les principes admis d'abord, comme l'a fait M. Demolombe. D'ailleurs, considérer le partage comme une donation pendant la vie de l'ascendant et seulement à sa mort comme un partage de succession, c'est couper en deux la disposition de l'ascendant et par là même la méconnaître. Si ce dernier avait voulu faire un partage pour après sa mort seulement, il aurait fait un partage testamentaire ; si donc il a fait un partage entre vifs, c'est qu'il voulait partager dès actuellement ses enfants, or la donation en avancement d'hoirie implique un rapport effectif et un partage au décès. Nous ne saurions donc admettre que l'acceptation de la succession puisse transformer les donataires en héritiers copartagés, l'acte de partage est parfait du moment où il est fait et rien ne peut venir le modifier. Aussi M. Bonnet pour éviter ces contradictions, considère-t-il les enfants non pas comme des donataires transformés en héritiers copartagés par l'acceptation de la succession, mais comme des donataires copartagés du jour même de l'acte de donation, ils pourront donc actuellement intenter les

actions qui naissent du partage, mais ne pourront se prévaloir de celles qui exigent la qualité d'héritier, qu'au décès de l'ascendant. Ainsi ils pourront intenter l'action en garantie, se prévaloir de privilège pour soulte ou retour de lot, mais ils ne pourront agir par l'action en réduction ni même par l'action en rescision. M. Bonnet, il est vrai, autorise cette dernière action, mais nous ne comprenons pas pourquoi ; car il faut avoir droit à l'égalité pour avoir la faculté de l'intenter ; or pendant la vie du donateur les enfants sont uniquement des donataires copartagés, ils ne peuvent donc se prévaloir de l'action en rescision, ils n'ont pas droit à l'égalité, c'est tellement vrai que, si nous supposons des successibles non réservataires auxquels des donations en avancement d'hoirie ont été faites, ses successibles devront les rapporter, s'ils acceptent la succession, afin de procéder à un partage égal ; mais s'ils renoncent ils garderont les biens tels qu'ils les ont. De plus, comment un donataire copartagé pourrait-il bien se plaindre d'une lésion pendant la vie de l'ascendant, puisque l'enfant omis ne peut réclamer qu'après la mort de ce dernier ? Voici, d'ailleurs, les propres paroles de M. Bonnet (1) : « Que l'enfant écarté de la succession par sa propre renonciation, par son indignité ou par son prédécès sans enfants venant par représentation, ne puisse invoquer la nullité prévue par l'article 1078 cela va sans dire, puisque sa qualité de dona-

(1) *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, t. II, n° 528.

taire écarte jusqu'à la pensée de prétérition qui sert de base à cette action. » Nous refusons donc aux enfants copartagés l'action en rescision pour lésion, car cette action suppose un droit à l'égalité, et ce droit à l'égalité naît uniquement de l'acceptation de la succession. Jusque-là, les copartagés ont bien droit à l'égalité telle qu'elle résulte du partage fait par l'ascendant, mais non pas à l'égalité absolue, ils peuvent réclamer contre l'éviction faisant cesser l'harmonie du partage, mais non pas contre des avantages excessifs faits par l'ascendant ; celui-ci ne leur devait rien, par conséquent il n'était obligé à aucune égalité. L'article 1079, premier alinéa, se trouve entre les articles 1078 et 1079, deuxième alinéa, or les articles 1078 et 1079, deuxième alinéa, donnent naissance à deux actions ne pouvant être intentées avant la mort de l'ascendant, comment en serait-il autrement de celle donnée par le premier alinéa de l'article 1079 ?

D'après un autre système, l'acte produit du jour où il est passé les effets d'un partage. Ce n'est pas un partage de succession, c'est le partage d'une indivision fondée sur une fiction, les enfants pourront conserver leur lot tout en renonçant à la succession, car la libéralité ne leur a pas été faite en vue de leurs droits successoraux, elle est pure et simple et non pas conditionnelle : les règles des articles 1075 et suivants s'appliquent donc sans que les enfants aient besoin de se porter héritiers. Si on attaque le partage du vivant de l'ascendant, on ne peut objecter que c'est une preuve d'ingratitude vis-à-vis de l'ascen-

dant, car on veut faire respecter son intention ; ce dernier, en effet, a voulu établir l'égalité entre ses enfants, mais il s'est trompé, il y a inégalité, elle est due à l'erreur, par conséquent rétablir cette égalité c'est observer la volonté du donateur.

D'après cette doctrine, le partage tombant, les enfants auront droit d'en provoquer un autre et les biens ne feront nullement retour à l'ascendant donateur. Il y a dans le partage deux choses distinctes : la volonté de gratifier les enfants et une attribution de biens ; cette dernière peut être nulle, l'intention de gratifier les enfants n'en existe pas moins et doit être respectée, par conséquent les enfants partageront les biens entre eux.

Un autre auteur considère lui aussi qu'on peut agir immédiatement du jour de l'acte ; il considère l'enfant comme héritier copartagé ; c'est contraire, dit-il, à la règle *nulla est viventis hereditas*, mais la loi peut créer des fictions et elle en a créé une ici. Si cependant l'enfant renonce il pourra garder le bénéfice du partage, car si l'ascendant fait un partage il ne faut pas oublier que cet acte est aussi une donation ; il conservera donc, s'il renonce à la succession, la libéralité jusqu'à concurrence de la quotité disponible, c'est le droit commun pour l'héritier qui renonce (art. 845) : « l'héritier perd la qualité d'héritier, il ne peut donc avoir droit à la réserve. » A quel titre l'enfant conserve-t-il les biens ? « Comme donataire copartagé, on ne peut dire que sa renonciation transforme la donation-partage en donation, car il ne dépend pas de

lui de changer la nature d'un titre irrévocable. » Mais s'il ne peut, observerons-nous, changer son titre de donataire copartagé en celui de donataire ordinaire, comment peut-il changer celui d'héritier en celui de donataire copartagé ? N'est-il pas beaucoup plus simple de reconnaître toujours à l'enfant un seul titre, celui de donataire copartagé ?

L'ascendant a voulu véritablement faire le partage de sa succession, il n'a pas entendu transférer à ses donataires des droits équivalents à ceux d'héritiers et les dispenser ainsi d'accepter sa succession. Il est absolument scandaleux de voir les enfants agir du vivant de l'ascendant, faire tomber son partage et en établir un autre. Si d'ailleurs les enfants sont arrêtés par l'horreur du procédé, ils verront leurs droits prescrits au bout de 10 ans.

D'autre part, on permet à l'enfant lésé de se plaindre durant la vie de l'ascendant, et l'enfant omis peut réclamer seulement lors de l'ouverture de la succession ; ainsi l'ascendant peut ne rien donner, mais il ne peut donner le quart de la part attribuée aux autres, c'est très illogique.

Enfin le chapitre des partages d'ascendant est au titre des donations et non à celui des successions, il faut donc considérer les enfants comme des donataires copartagés et non pas comme des héritiers.

M. Dubernet de Bosq (1) a proposé de distinguer entre

(1) *Revue critique de jurisprudence*, 1859, t. 15, p. 251 et 481.

le cas où le partage est précédé d'une donation à titre universel, alors le partage aura effet du jour de l'acte, et celui où le partage n'a pas été précédé d'une donation à titre universel, alors le partage aura effet seulement à la mort du donateur ; il constitue dans cette dernière hypothèse un ensemble de donations individuelles.

Nous ne saurions accepter cette distinction, elle manque de fondement ; lorsque la donation à titre universel n'est pas exprimée la loi la sous-entend, et dans les deux cas c'est identiquement le même acte qui intervient.

§ 1^{er}. — Rapports de l'ascendant soit avec les descendants
soit avec les tiers.

L'article 1076 exige l'application des règles des donations, par conséquent l'ascendant doit transférer à ses enfants la propriété des biens donnés, nous l'avons déjà vu ; de même le partage, sauf cependant s'il est fait par contrat de mariage (art. 959), pourra être révoqué pour ingratitude, il pourra l'être aussi pour inexécution des charges. Mais la révocation est une peine, elle peut donc seulement être poursuivie contre celui qui n'exécute pas ou contre l'ingrat, mais pas contre les autres enfants.

L'ascendant sera obligé à la garantie dans les cas exceptionnels où un donateur ordinaire doit la fournir.

Les descendants sont-ils tenus de plein droit des dettes de l'ascendant ? Non, les successeurs à titre universel sont seuls tenus des dettes et non pas les successeurs à

titre particulier (art. 871) ; or l'enfant copartagé n'est pas un successeur à titre universel. Pour avoir cette dernière qualité, il faut, en effet, être appelé à recueillir l'universalité du patrimoine (art. 1003) ; or ici la disposition comprend seulement une partie du patrimoine puisqu'elle ne comprend pas les biens à venir, par conséquent les donations de biens présents même faites dans la forme de donations universelles, ne peuvent jamais être que des donations particulières. On a toutefois voulu obliger les copartagés aux dettes en vertu de la règle *non sunt bona nisi deducto ære alieno* ; c'est la théorie enseignée dans l'ancien droit par Pothier et elle a été adoptée par le tribun Joubert (1). Mais cette doctrine est inexacte, cette maxime s'applique uniquement aux transmissions d'universalité, elle ne peut s'appliquer aux donations de biens particuliers ; on peut admettre que les enfants seront tenus des dettes existantes si le partage les soumet à l'obligation de les payer, mais c'est tout, cette obligation n'existe pas de plein droit. On objecte, il est vrai, que dans le partage testamentaire les copartagés sont tenus des dettes, par conséquent il doit en être de même dans le partage par donation entre vifs. Ceci est inexact, si dans le partage testamentaire les enfants sont tenus des dettes, c'est comme héritiers et non pas comme copartagés. On reproche aussi à notre solution de frauder les droits des créanciers. Ce reproche ne saurait

(1) Fenet, t. XII, p. 599.

être fondé, car les créanciers peuvent agir contre le partage en vertu de l'article 1167 et le faire tomber comme contraire à leurs intérêts.

D'ailleurs même dans le cas où les ascendants auraient mis les dettes à la charge des copartagés, ces derniers ne seraient pas personnellement obligés vis-à-vis des créanciers des donateurs, car ces créanciers ne sont pas intervenus à l'acte, par conséquent l'acte est vis-à-vis d'eux, *res inter alios acta*. Nous avons vu dans les conditions du partage que les copartagés ne pouvaient être astreints à payer les dettes futures.

Si dans les rapports de l'ascendant et des enfants, le partage a le caractère de donation par le seul fait de l'échange du consentement dans les formes voulues, pour que ce partage puisse être opposé aux tiers il faut le transcrire.

De ce que le partage est une donation dans le rapport de l'ascendant et des donataires copartagés, il faut en conclure que les biens compris dans ce partage devront au décès du donateur être rapportés fictivement.

§ 2. — Rapports des descendants entre eux et avec les tiers.

Si, dans leurs rapports avec l'ascendant donateur, les enfants sont des donataires, dans leurs rapports entre eux ils sont des copartagés, par conséquent ils jouissent dès immédiatement du privilège pour paiement de soultes, ils auront aussi le droit d'agir en garantie les uns contre les autres pour troubles et évictions provenant d'une cause antérieure au partage.

On a, il est vrai, contesté l'existence de cette action en garantie. Dans les partages ordinaires, a-t-on dit, cette action se conçoit très bien, les copartagés ont été pendant un certain temps dans l'indivision et malgré la fiction en vertu de laquelle le partage est déclaratif et non pas translatif, il n'en est pas moins vrai que les enfants, pour sortir d'indivision, ont dû se consentir des échanges mutuels ; il est donc tout naturel, pour l'enfant évincé, de se retourner contre ses cohéritiers et de leur demander de l'indemniser. Mais dans le partage d'ascendant il n'en est pas ainsi, les enfants n'ont jamais été dans l'indivision ; ils sont propriétaires de leurs lots, non pas par suite d'échanges opérés entre eux, mais par suite de l'attribution de l'ascendant ; il ne doit donc pas y avoir lieu à garantie, ou toutefois il doit y avoir uniquement lieu à garantie lorsqu'ils ont accepté la succession et sont devenus héritiers.

Cette argumentation n'est pas exacte, le partage est dans notre droit déclaratif et non pas translatif (art. 883), par conséquent, l'action en garantie donnée aux héritiers les uns contre les autres ne saurait être fondée sur des échanges mutuels, elle est fondée sur la nécessité de maintenir l'égalité dans les partages et c'est bien l'origine qui lui est assignée par Pothier (1) ; par conséquent les partages d'ascendant engendrent eux aussi une action en garantie, les enfants ont le droit d'exiger le maintien de

(1) *Traité des successions*, chap. IV, § 3.

la situation dans laquelle ils ont été placés par l'ascendant ; par conséquent, si cette situation est modifiée par suite d'un trouble ou d'une éviction dont la cause est antérieure au partage, celui au détriment duquel ce changement s'est opéré, a le droit de demander aux autres de rétablir une situation semblable à celle établie par l'ascendant.

Quant à l'inscription du privilège pour sûreté des soultes et de l'action en garantie, elle doit être faite dans les 60 jours postérieurs au partage (1).

Les enfants ne pourraient se prévaloir de l'article 953 pour faire prononcer la résolution du partage pour inexécution des charges, dans le cas où une charge aurait été stipulée à leur profit ; en effet, ils sont étrangers à l'acte, par conséquent ils ne peuvent en provoquer les uns contre les autres la résolution.

Dans les rapports des enfants avec les tiers, le partage est une donation ; les enfants en seront donc saisis vis-à-vis d'eux par la transcription. Il faut aussi en conclure, que le partage sera pour les enfants un juste titre d'acquisition pouvant mener à la prescription.

§ 3. — Effets du partage entre vifs à la mort de l'ascendant.

Si tous les enfants ont accepté, ils peuvent exercer les uns contre les autres les actions auxquelles la qualité d'héritier donne naissance.

(1) Art. 6 de la loi du 23 novembre 1855.

Que dire si la révocation de la donation a été prononcée ? Lorsque la révocation a été prononcée à l'égard de tous, le partage tombe en entier, par conséquent, la succession *ab intestat* s'ouvre et il y a lieu de procéder à un autre partage.

Mais la révocation peut être partielle, elle peut avoir été prononcée seulement contre quelqu'un des enfants et non pas contre tous. On a soutenu que dans cette hypothèse le partage est nul vis-à-vis de cet enfant, et par conséquent, celui-ci en invoquant l'article 1078 pourrait le faire tomber car il n'a plus de part, il est dans une situation identique à celle d'un héritier omis. Si, cependant, le partage est ainsi annulé par suite de la révocation prononcée contre un des copartagés, les autres pourront en souffrir, il y aura lieu à un nouveau partage, par conséquent, chacun des enfants pourra ne pas avoir le lot à lui attribué précédemment et auquel il a fait de grandes améliorations dont on ne lui remboursera pas la valeur exacte, ils peuvent d'ailleurs avoir un intérêt d'affection pour certains biens composant leur lot, d'un autre côté, ils ont pu consentir des aliénations et les acquéreurs évincés se retourneront contre eux. D'ailleurs la révocation est une peine et toutes les peines sont personnelles aux coupables, on ne saurait donc les faire rejaillir sur des innocents ; mais la révocation pour inexécution ne prive pas de sa réserve l'enfant qui la subit ; si donc cet enfant vient à la succession, ses cohéritiers devront lui laisser repren-

dre son lot, si ce lot existe encore dans la succession, sinon ils lui laisseront prélever une valeur égale sur les biens laissés par l'ascendant lors de son décès, ou à défaut de biens restants, ils lui prélèveront sa part sur ceux qu'ils ont reçus par le partage. D'ailleurs, si on décide autrement, l'enfant mécontent de son lot a un moyen très simple pour essayer d'en avoir un plus à sa convenance, il n'a qu'à ne pas exécuter les obligations résultant du partage, de façon à faire révoquer la libéralité faite à son profit et par cela même faire tomber le partage vis-à-vis de ses copartagés (1). D'autres auteurs, ne voulant pas laisser le sort du partage entre les mains des cohéritiers de l'enfant révoqué, accordent à ce dernier le droit de reprendre son lot s'il se retrouve dans la succession, sinon d'exiger des biens d'une valeur égale.

Mais cette solution n'est pas exacte, car l'enfant s'est attiré la peine de la révocation et cette peine ne lui donne plus droit à avoir son lot, car la donation n'existe plus vis-à-vis de lui, et la donation tombant, le partage tombe aussi, par conséquent, il ne peut s'opposer à la nullité du partage s'il plaît aux autres enfants de la demander.

Pour éviter cette situation, l'ascendant au lieu de demander la révocation pourrait comme tout créancier saisir les biens donnés et les faire vendre, de la sorte le partage n'en conserverait pas moins toute son intégralité.

(1) La Cour d'appel de Douai, le 20 janvier 1898, *Journal des not.*, art. 26559, s'est prononcée en ce sens en refusant d'annuler un partage d'ascendant par suite de la révocation du lot donné à un des enfants,

Les enfants pourraient également exiger, du père, l'engagement de ne révoquer le partage contre l'un d'eux, qu'après les avoir mis tous en demeure d'exécuter l'engagement à la place de l'enfant négligent.

Lorsque le partage a été fait conjointement et solidairement, quel va être son sort si l'un des père et mère le révoque pour inexécution des charges ?

Il faut faire une distinction : les père et mère sont-ils encore vivants ? alors le partage sera révoqué pour le tout ; en donnant conjointement et solidairement, ils laissent ainsi entendre que le partage forme un tout indivisible et doit être efficace ou non pour le tout ; si donc l'un de ces ascendants révoque le partage, les biens du conjoint retourneront également à ce dernier et les donataires seront censés n'avoir jamais rien eu.

Que si maintenant nous supposons un des conjoints décédé, va-t-il encore en être de même ? Nous ne le croyons pas ; en effet, si le partage est révoqué pour le tout, il faut que les biens donnés se fixent sur la tête de quelqu'un, mais le conjoint est décédé, donc il ne peut les reprendre, ces biens reviennent à son héritier, or son héritier est le copartagé, donc il ne perdrait ces biens que pour les reprendre comme héritier avec les autres héritiers, car, en effet, le conjoint survivant ne saurait avoir aucun droit sur eux, il faudrait pour cela une donation du conjoint prédécédé, à concurrence de la quotité disponible, tout au plus. Il nous semble donc, en l'absence de cette donation, plus logique de permettre au

survivant la révocation seulement pour sa part (1). Il pourra d'ailleurs demander des dommages-intérêts, il pourra, s'il s'agit par exemple d'une rente viagère réversible en entier sur sa tête, obtenir le remboursement de ce qui a été donné par le conjoint prédécédé, pourvu que cela ne passe pas la quotité disponible (2).

Supposons maintenant que le partage ait été fait par le survivant des deux époux à ses enfants et que ce partage comprenne à la fois les biens du survivant et du prédécédé sous la condition de reprendre le lot de celui qui n'exécutera pas ; un des enfants n'exécute pas les obligations mises à sa charge, le survivant peut-il révoquer le partage entier ? Il le pourra. En effet en donnant leur consentement au partage les enfants ont accepté de perdre leur lot, c'est-à-dire les biens donnés par l'ascendant et les biens reçus du conjoint prédécédé, en qualité d'héritiers, s'il y avait de leur part inexécution des charges. Cette convention, librement consentie, est absolument valable. On peut objecter, il est vrai, que la révocation suppose un ancien propriétaire reprenant le bien donné, or ici il n'y a pas d'ancien propriétaire pour les biens du prédécédé. Il faut répondre que les conventions des parties font loi entre elles, or les parties ici ont décidé

(1) Il n'est pas propriétaire des biens de son conjoint prédécédé, ce n'est pas lui qui a donné ces biens, il ne peut donc révoquer, on ne peut plus ici comme dans l'hypothèse où le conjoint vit encore supposer l'intention chez celui-ci de révoquer si l'autre révoque.

(2) La Cour de cass., 5 juin 1850, P. 52.1.150, a décidé qu'on pouvait révoquer pour le tout.

que l'ascendant deviendrait propriétaire, en cas d'inexécution des charges, des biens venant de son conjoint, il doit donc en être ainsi. En un mot tout se résume ici en une interprétation de volonté, les enfants ont-ils oui ou non consenti à cet état de choses (1) ?

Les biens donnés par le partage d'ascendant étant sortis irrévocablement du patrimoine de l'ascendant ne sauraient former le gage des créanciers de ce dernier, par conséquent ne pourraient être saisis pour le paiement de ses dettes. Il en sera toutefois autrement si les enfants acceptent la succession, mais c'est alors une conséquence de l'acceptation de l'hérédité. Les copartagés peuvent en effet accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer si cela leur fait plaisir. On ne saurait prétendre qu'en acceptant le partage ils ont accepté la succession ; car cette acceptation constituerait un pacte sur succession future et nous avons vu que le partage est une donation seulement dans les rapports des enfants avec l'ascendant et avec les tiers. La qualité d'héritier des enfants n'empêche pas le partage de produire toujours son effet, comme donation et comme partage ; c'est ce qui ressort de l'article 1077 aux termes duquel les biens seuls se trouvant dans la succession au décès de l'ascendant tombent dans l'indivision.

Quant aux enfants renonçants, dans l'opinion considérant les enfants comme des donataires tant qu'ils n'ont pas accepté la succession, ils resteront donataires

(1) En ce sens : Bordeaux, 16 mai 1870, S. 71.2.89.

et ne devront avoir ni action en garantie, ni privilège. Toutefois, M. Demolombe leur reconnaissant cette action et ce privilège du vivant de l'ascendant les leur reconnaît après la mort de ce dernier.

M. Colmet de Santerre considérant les enfants comme des donataires du vivant de l'ascendant, rien n'est changé s'ils renoncent. Pour M. Laurent rien de changé non plus, sauf que les enfants sont appelés par lui des donataires copartagés et non plus des héritiers. D'après notre système les enfants sont toujours des copartagés, par conséquent, ils auront même en renonçant, l'action en garantie et jouiront du privilège des copartageants. Seulement comme ils ne sont pas héritiers ils n'auront pas les actions qui supposent cette dernière qualité, ils ne pourront donc agir en réduction ou encore en vertu de l'article 1078 ; nous leur refusons également le droit de se prévaloir de l'article 1079, premier alinéa ; ils ne peuvent intentionner l'action en rescision, car pour avoir droit à l'égalité il faut être héritier, la simple qualité de copartagé ne donne pas ce droit, mais seulement celui d'être maintenu dans la situation faite par le partage et rien de plus. Ils n'auront pas non plus, pour la même raison, le droit de retenir leur lot au delà de la quotité disponible.

Les solutions que nous venons de donner s'appliqueraient également dans le cas d'indignité prononcée en vertu de l'article 727. Les enfants auraient le droit de faire prononcer contre l'indigne la révocation de la donation pour cause d'ingratitude s'ils étaient encore dans les délais.

Si l'un des enfants décède avant l'ascendant, la situation ne sera pas modifiée ; laisse-t-il des descendants ? ces descendants viendront à la place de leur auteur ; ne laisse-t-il aucun enfant, l'ascendant recueillera les biens en vertu de son droit de retour successoral.

On a nié le droit de retour au profit de l'ascendant en disant, que ce droit s'applique aux donations mais non pas aux partages anticipés. Cette théorie ne saurait prévaloir ; en effet, l'article 1076 renvoie aux règles des donations entre vifs, et le retour successoral est une des règles essentielles des donations ; on ne peut même y renoncer (ce serait faire un pacte sur succession future) ; d'autre part, les motifs qui ont fait admettre l'article 747 existent incontestablement pour les partages d'ascendants (1).

Cet article ne saurait s'appliquer au partage par testament en vertu des articles 1039 et 1089 ; si l'ascendant a fait le partage des biens de la succession du prédécédé en même temps que des siens, pourra-t-il exercer le droit de retour successoral sur la part de son conjoint défunt ? le conjoint a-t-il le droit de reprendre dans le lot de l'enfant prédécédé les biens qu'il a donnés, même si cet enfant n'a que des biens maternels dans son lot et que l'autre n'ait que des biens paternels ? nous croyons qu'il ne pourra prendre que la moitié, car en effet si chez nous le partage est déclaratif, cela n'empêche pas que

(1) Orléans, 25 juillet 1863, S. 63.2.197 ; Demolombe, *Successions*, t. I, n° 515.

l'enfant prédécédé ne saurait être considéré comme seul donataire des biens de sa mère; s'il en est ainsi en apparence, en réalité il est devenu copropriétaire de la moitié afférente à son cohéritier par un échange; en effet, si le donateur était mort intestat, l'enfant décédé n'aurait pris dans sa succession que la moitié des biens. Puisque cette moitié seule a été véritablement donnée, seule elle se trouve à titre gratuit et peut donner lieu à un droit de retour; décider autrement ce serait consacrer une inégalité choquante, ce serait dépouiller la succession de l'enfant pour enrichir celle du père, ce serait violer le grand principe d'équité écrit dans l'article 747 et faire une application fautive de l'article 883 (1).

Si les biens donnés au prédécédé mort sans enfants ne sont pas repris, en vertu du retour successoral, par l'ascendant donateur, ils passent aux héritiers collatéraux de cet enfant et ceux-ci, succédant en même temps aux obligations nées du partage, exerceront ou subiront l'action en garantie ou le privilège, mais ils ne pourront user des actions en rescision et en réduction car ils ne sont pas héritiers de l'ascendant donateur, ils ne peuvent pas l'être.

Si le prédécédé a laissé des enfants et que ces enfants renoncent à la succession de l'ascendant, ils seront identiquement dans la même situation; si ces enfants acceptent, au contraire, cette succession, ils auront outre l'ac-

(1) Cour d'Angers, 3 mai 1871, S. 71.2,243.

tion en garantie et le privilège, les actions en réduction et en rescision.

Supposons que les enfants du prédécédé renoncent à la succession de leur auteur et acceptent celle de l'ascendant donateur. Ils ne seront nullement tenus des actions pouvant naître du partage, car ils sont complètement étrangers au partage. On ne saurait invoquer contre cette solution l'article 848. Cet article suppose précisément une donation en avancement d'hoirie, dans ce cas, l'enfant représenté n'aurait pu venir à la succession qu'en rapportant les biens donnés ; il serait donc injuste de permettre à celui qui le représente d'y venir sans remplir la même condition. Dans notre hypothèse la situation est tout autre, l'enfant représenté n'aurait rien eu à rapporter, donc le représentant ne rapportera rien. On ne pourrait non plus objecter que si le représentant ne peut être poursuivi en vertu de l'action en garantie, il aura plus de droits que le représenté, car ce dernier peut être poursuivi de ce chef. Cette objection serait inexacte, car la succession du représenté est tenue de cette action en garantie et contre elle on peut agir comme on aurait pu le faire contre le représenté ; si le représentant n'en est pas tenu, c'est uniquement parce qu'il n'a pas accepté la succession.

CHAPITRE III

CAUSES DE NULLITÉ DES PARTAGES D'ASCENDANTS.

L'article 1076, en déclarant « les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et les testaments », applicables au partage d'ascendant, a, par le fait même, soumis cet acte aux causes de nullité générales ou particulières pouvant entacher les donations et testaments. On pourra donc attaquer un partage d'ascendant pour cause de dol, d'erreur ou de violence, pour fraude, et on appliquera les règles du droit commun.

Toutefois il est une des causes de nullité des donations qui sera absolument inapplicable, c'est la prohibition des pactes sur succession future. Comment appliquer cette prohibition à un acte dont le but même est de régler une succession non ouverte ?

Toutefois, cela ne veut pas dire qu'une condition particulière ne pourrait être annulée comme constituant un pacte sur succession future. Ainsi on a annulé, avec raison, pour ce motif, la condition imposée par des ascendants à leurs enfants de ne pas inquiéter le survivant au sujet des valeurs mobilières pouvant se trouver dans la succession du prédécédé et qui n'auraient pas été comprises dans le partage.

Outre ces causes de nullité, il en existe encore plusieurs particulières au partage d'ascendant, nous allons les étudier sous trois sections.

Dans la première, nous examinerons quelles sont les voies d'attaque contre le partage d'ascendant.

Dans la deuxième, nous verrons l'époque de leur ouverture et leur durée.

Et enfin dans la troisième, les effets qu'elles produisent.

SECTION I. — Voies d'attaque contre les partages d'ascendant.

§ 1^{er}. — Prétérition d'un ou de plusieurs enfants.

L'article 1078 prononce la nullité du partage s'il « n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés ». Cette règle était déjà en vigueur dans notre ancien droit, les Coutumes déclaraient nulles les démissions de biens où un enfant était omis. Le droit romain, il est vrai, n'avait pas admis cette règle, il permettait uniquement à l'enfant omis de prendre sa légitime, mais nullement de faire tomber le partage. Cette solution du droit romain ne nous paraît pas logique. La loi, en effet, en accordant à l'ascendant le droit de faire le partage de ses biens, a voulu lui permettre de régler sa succession de son vivant, elle n'a pas eu d'autre but. Si donc l'ascendant veut régler sa succession il doit manifestement y comprendre

tous les héritiers appelés par la loi, autrement l'enfant omis, ayant le droit d'exiger le partage des biens de l'ascendant, devra pouvoir exiger le rapport des biens donnés à ses cohéritiers et de la sorte faire tomber le partage. D'ailleurs, en omettant un de ses enfants, l'ascendant ne peut avoir agi par erreur, par conséquent, son seul but a été de violer la loi, d'écarter un de ses héritiers ou d'avantager les autres au delà de la quotité permise.

Pour savoir s'il y a un enfant omis il faut, nous dit l'article 1078, se placer au moment du décès de l'ascendant ; c'est, en effet, à cette époque qu'il faut se placer pour savoir quels sont ses héritiers, et l'ascendant doit comprendre dans son partage, nous l'avons vu sous le chapitre premier, section première, uniquement ses héritiers, peu importe donc l'omission, si l'enfant n'a pas cette qualité. Par conséquent, l'omission d'un enfant ne fera pas tomber le partage si cet enfant ne vient pas à la succession soit par suite de son prédécès sans descendants, soit par suite de sa renonciation ou encore de sa déclaration d'indignité ; au contraire, la survenance d'un héritier postérieurement au partage ferait tomber cet acte, il en serait même ainsi d'un posthume, car un posthume est un héritier.

Cette théorie a été contestée et on a voulu donner aux descendants le droit de faire tomber le partage sans exiger d'eux la qualité d'héritier. Les biens compris dans le partage, a-t-on dit, sortent irrévocablement du patrimoine du donateur, si donc les enfants omis peuvent

ensuite venir demander leur part, ce n'est pas comme héritiers, on ne peut hériter que des biens compris dans la succession, or les biens partagés étant sortis irrévocablement du patrimoine ne peuvent se trouver dans la succession ; c'est donc comme donataires implicites qu'ils succèdent. Cette doctrine est inexacte, elle confond le partage et la donation ; les enfants doivent être tous compris dans le partage précisément parce qu'ils pourront l'attaquer étant héritiers, mais s'ils ne le sont pas, ils n'auront aucun droit, ils sont étrangers à la succession et des donataires ont seulement le droit de jouir de la donation à eux faite.

Que devient avec cette théorie l'article 1076 renvoyant aux règles des donations ? on les viole sans scrupule, et d'ailleurs l'article 1078 ne suppose pas que les enfants omis ont été inscrits, il décide même le contraire, car il frappe de nullité l'acte fait par l'ascendant et c'est en vertu d'un droit différent, comme héritier, que l'enfant omis peut réclamer un nouveau partage.

Pour savoir quels sont les enfants dont l'omission entraîne la nullité du partage, il suffit de connaître ceux qui ont la capacité d'y figurer, car, par le fait même de cette capacité, ils doivent y être compris sous peine de nullité ; ainsi un enfant légitimé, un enfant adoptif, un enfant naturel reconnu pourront se prévaloir de l'article 1078.

Nous avons dit, tout à l'heure, que l'omission d'un enfant prédécédé sans postérité n'est pas une cause de

nullité, il en serait autrement, aux termes mêmes de l'article 1078 si le prédécédé avait laissé des descendants ; cette solution est très naturelle, les descendants d'un enfant prédécédé viennent par représentation de ce dernier à la succession de leur aïeul, par conséquent, s'ils ne sont pas compris dans le partage, ils peuvent se prévaloir de leur qualité d'héritiers pour en provoquer un autre.

D'ailleurs l'ascendant n'a pas besoin de les comprendre expressément dans son partage par testament, par le fait même de l'allotissement de leur auteur ils sont eux-mêmes allotis, la part donnée à leur auteur s'adresse à la souche représentée par celui-ci. Comme le partage testamentaire n'empêche pas l'ouverture de la succession *ab intestat*, la représentation a lieu. M. Laurent (1) n'admet pas la représentation car il considère les enfants comme des légataires, nous avons déjà réfuté cette opinion.

L'ascendant n'a d'ailleurs pas besoin dans cette hypothèse de partager les biens donnés au prédécédé, entre les descendants de ce dernier, s'il l'a fait et que cette distribution soit nulle comme contenant une lésion de plus du quart ou une omission au préjudice d'un des descendants du prédécédé, cette nullité n'empêchera pas le partage, fait par l'ascendant entre les différentes souches, d'être valable, celui des petits-enfants entre eux

(1) T. XV, n° 104.

sera seul à recommencer. Si l'ascendant a distribué ses biens entre ses petits-enfants, alors qu'il a des enfants, les enfants peuvent se prévaloir de l'article 1078 car ils sont successibles, par conséquent ils doivent être, eux-mêmes, compris dans le partage et non pas leurs descendants.

L'omission d'un absent, tout en n'étant pas, par elle-même, une cause de nullité, pourrait en devenir une, si l'absent revenait, ou si ses descendants se faisaient connaître du vivant de l'ascendant, ou dans les trente ans de l'ouverture de la succession de ce dernier. Les enfants pourraient-ils se prévaloir de l'article 1078 si leur lot était composé en entier de biens d'autrui, ou de biens indisponibles ? Nous ne le croyons pas ; en effet, dans le cas où l'enfant est omis, l'ascendant a voulu violer la loi, il a voulu avantager quelques-uns de ses enfants au delà de la quotité permise, il est donc juste que la loi regarde son partage comme inexistant. Ici il n'en est pas de même, l'ascendant s'est trompé, il a disposé de biens d'autrui, mais il n'a pas voulu entrer en rébellion contre la loi, par conséquent, on ne doit pas appliquer l'article 1078 mais l'article 1079, l'enfant pourra agir en rescision pour lésion de plus du quart. L'article 1078 nous parle uniquement de l'omission des enfants, mais il est encore d'autres personnes dont l'omission serait une cause de nullité, ce sont les institués contractuels et les donataires de la quotité disponible, le partage doit en effet comprendre tous les communistes et s'il en laisse

de côté il n'est pas opposable à ces derniers, il est pour eux *res inter alios acta*, or si les institués contractuels et les donataires de la quotité disponible ne sont pas des héritiers ils sont des communistes, par conséquent on ne peut sortir d'indivision sans leur concours.

Qui va pouvoir invoquer la nullité dans le cas de leur omission ? Nécessairement il faut reconnaître ce droit aux donataires de la quotité disponible et aux institués contractuels omis, mais est-ce tout, et faut-il le refuser aux enfants ? Nous ne le croyons pas, car pour sortir de l'indivision il faut le concours volontaire ou forcé, mais il faut le concours de tous les communistes, l'ascendant n'ayant appelé qu'une partie d'entre eux, a fait un acte inexistant et ne pourra prévenir l'indivision devant naître par l'effet de son décès. D'ailleurs, quand bien même cette raison péremptoire n'existerait pas, il faudrait encore maintenir notre solution, car, en décidant autrement, on mettrait les enfants à la merci des donataires et des institués. Ces solutions devraient aussi être appliquées en cas de légataire à titre universel, mais le légataire à titre universel pourrait réclamer uniquement contre un partage testamentaire, il devrait respecter un partage entre vifs, car son droit est postérieur.

De ce que le partage d'ascendant a pour but d'éviter le partage à faire, lors du décès de l'ascendant, entre les héritiers, il faut en conclure que cet acte serait encore nul si les biens avaient été donnés aux enfants dans une proportion autre que celle de leurs droits hérédi-

taires. Par exemple, l'ascendant a un fils et deux petits-enfants, issus d'un autre fils prédécédé, l'ascendant ne pourra pas partager sa fortune en trois, il n'y aurait là qu'un pseudo-partage et, par conséquent, un acte nul.

L'article 1078, en accordant à l'enfant omis le droit de provoquer un autre partage ne lui a pas réservé ce droit à lui seul, il l'accorde également aux autres enfants ; c'est que, s'il en était autrement, les enfants partagés auraient été à la discrétion des cohéritiers omis, et par conséquent, les biens partagés n'auraient pu être aliénés, exposés qu'ils auraient été à être soumis au rapport d'un moment à l'autre. D'ailleurs, nous l'avons dit plus haut, on ne peut sortir de l'indivision sans le consentement de tous les communistes, c'est à cause de cela que la loi déclare le partage nul à l'égard de tous, c'est-à-dire inexistant.

Elle leur accorde le droit de procéder à un autre partage, or pour faire un partage il faut être dans l'indivision, par conséquent l'indivision existe toujours et le partage de l'ascendant n'a aucune existence juridique. Les enfants n'auront donc pas besoin de faire prononcer en justice la nullité de cet acte, il n'existe pas juridiquement. On a objecté à cette solution que les enfants omis pouvaient provoquer un partage nouveau sans faire annuler le premier, celui-ci étant vis-à-vis d'eux *res inter alios acta*, leur action est une pétition d'hérédité, mais les enfants copartagés doivent faire annuler l'acte, car ils y ont été parties.

Cette distinction est inexacte, l'article 1078 n'en fait aucune, il donne la même solution vis-à-vis des enfants omis et vis-à-vis de ceux qui ne le sont pas. A l'égard de tous, le partage est inexistant.

Si le partage a eu lieu par donation entre vifs, l'omission d'un enfant entraînerait sa nullité, quand bien même l'ascendant aurait réservé sa quotité disponible pour la donner à l'enfant qui n'a pas de part et il en serait ainsi, quand bien même l'enfant aurait de ce chef une part égale à celle des autres. Il faut, en effet, pour que le partage soit valable, l'acceptation de tous les enfants, or l'omis a accepté une donation de la quotité disponible mais non pas un partage, il faudrait donc donner une solution différente si l'enfant omis avait accepté cette donation comme représentant sa part dans le partage.

L'ascendant pourrait aussi se porter fort de l'acceptation de l'enfant omis, et par suite, si cet enfant ne ratifie pas il ne pourra pas demander la nullité du partage ; en effet, de deux choses l'une, ou il accepte ou il n'accepte pas la succession de l'ascendant : dans le premier cas, en acceptant il succède à l'obligation prise par ce dernier de faire ratifier, donc il ne peut invoquer l'article 1078, en vertu de la règle : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

S'il n'accepte pas, il n'a aucun droit, par conséquent ne peut non plus agir.

Les créanciers de l'enfant pourraient aussi en vertu de l'article 1166 intenter cette action, elle est, en effet, ex-

clusivement pécuniaire et par conséquent n'est, à aucun point de vue, réservée à la personne.

Quelle capacité faut-il avoir pour être admis à intenter cette action ? Nous venons de voir que le partage est nul de droit c'est-à-dire inexistant, par conséquent l'action basée sur l'article 1078 est une demande en partage, il faut donc lui appliquer les règles des articles 817 et 818.

Pour les mineurs et les interdits cette action sera intentée par leurs tuteurs, spécialement autorisés par le conseil de famille, mais ces tuteurs pourraient, sans autorisation, jouer le rôle de défendeurs. Il faudra d'ailleurs dans les deux hypothèses autant de tuteurs que de mineurs.

Le mineur émancipé agira avec l'assistance de son curateur, en demandant ou en défendant (art. 840).

L'individu pourvu de conseil judiciaire devra nécessairement avoir l'assistance de ce conseil (art. 499 et 1513).

Pour les absents, l'action appartiendra aux envoyés en possession (art. 817) ou à l'époux ayant opté pour la continuation de la communauté.

Pour les femmes mariées, le mari pourra, sans le concours de sa femme, provoquer le partage des objets meubles et immeubles à elle échus qui tombent dans la communauté. Quant aux objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme ; il pourrait seulement s'il a le droit de jouir des biens de la femme demander un partage provisionnel. Si l'action n'a pas été intentée du

vivant de la femme, elle pourra être intentée par les héritiers de celle-ci, mais il faudra mettre en cause le mari.

L'action accordée par l'article 1078 étant une demande en partage, il faudra nécessairement l'intenter contre tous les cohéritiers et les donataires de la quotité disponible ou institués contractuels et légataires à titre universel.

Le tribunal compétent sera celui du lieu de l'ouverture de la succession (art. 822).

§ 2. — **Action en rescision pour lésion de plus du quart.**

Aux termes du premier alinéa de l'article 1079, « le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart ».

Cette disposition législative a pour but unique d'assurer l'égalité du partage. L'ascendant peut bien avantager un de ses enfants, mais le législateur a voulu, les travaux préparatoires en font foi, que cet avantage résultât d'une disposition formelle et non pas d'un allotissement plus considérable. La loi n'exige d'ailleurs pas entre les enfants une égalité rigoureuse, mathématique, cela serait impossible à obtenir car la valeur d'une chose n'est pas absolue, on ne peut pas la fixer d'une façon certaine comme le montant d'une créance, il y a toujours une légère fluctuation et les experts tombent rarement absolument d'accord, par conséquent il y avait là, source à de nombreux procès ; et, dans cette vue, le législateur n'a pas hésité à faire fléchir la règle prohibant toute

atteinte à la réserve. Supposons, en effet, un ascendant ayant disposé de la quotité disponible au profit d'un tiers, la masse à partager est donc égale à la réserve, c'est sur cette masse seule que doit se calculer la lésion car la quotité disponible est sortie du patrimoine de l'ascendant, par conséquent, l'enfant lésé par l'attribution pourra réclamer uniquement s'il est lésé de plus du quart (1) de sa réserve. C'est, qu'en effet, l'action en rescision n'a nullement pour but de protéger la réserve, ce but est laissé, vis-à-vis des étrangers, à l'article 920 et, vis-à-vis des autres enfants, à l'article 1079, second alinéa. Il n'y a d'ailleurs à cela rien d'étonnant; si les enfants avaient fait eux-mêmes le partage, il n'aurait porté également dans notre hypothèse que sur la réserve et l'article 887 leur permet d'agir en rescision, uniquement dans le cas de lésion de plus du quart. Le père peut ainsi, en ayant recours au partage d'ascendant, avoir une quotité disponible plus forte que la quotité disponible ordinaire. Le Code civil italien, article 1048, a empêché ce résultat, car il permet d'attaquer le partage d'ascendant: « s'il résulte du partage ou des autres dispositions faites par l'ascendant, que l'un de ceux entre lesquels les biens ont été partagés a été lésé dans sa portion légitime ». Toutefois il ne faut pas exagérer cette solution; si l'ascendant a partagé ses biens afin de pouvoir faire des libéralités excédant la quotité disponible, son partage sera annulé pour

(1) Cass., 25 février 1878, S. 81.1.73.

une lésion moindre du quart, car il a eu lieu dans le but de violer la loi et la fraude doit être réprimée par tous les moyens possibles.

Quelle est la nature de l'action accordée par le premier alinéa de l'article 1079 ? C'est une action en rescision comme celle à laquelle donne naissance la lésion de plus du quart dans les partages ordinaires ; par conséquent il faut lui appliquer les mêmes règles.

La loi n'accorde plus cette action à tous les copartagés comme dans le cas de l'article 1078 (1), nous en concluons que l'action en rescision appartient à l'enfant lésé seul, il en est ainsi, d'ailleurs, dans les partages ordinaires, par conséquent si cet enfant ne demande pas l'annulation, les autres copartagés ne pourront la demander, mais quand le partage est annulé, il l'est vis-à-vis de tous, un partage ne peut être en effet annulé vis-à-vis de quelques-uns.

Il en serait ainsi, quand bien même un des copartagés se serait vu repoussé par un jugement devenu définitif, dans une demande en rescision du partage ; le jugement s'oppose, en effet, à une réitération de la demande par cet enfant, mais il ne s'oppose nullement à ce que celui-ci bénéficie de l'annulation si elle est prononcée à la requête d'un autre copartagé (2). Les créanciers de l'enfant

(1) Cette action est donnée non pas seulement aux enfants copartagés, mais encore aux institués contractuels et aux donataires de la quotité disponible, de même qu'aux enfants bénéficiaires d'une promesse d'égalité. Voir ci-dessus, p. 114 et suiv.

(2) Cass., 6 août 1884, *Journal des not.* 23410.

lésé ont, en vertu de l'article 1166, le droit d'intenter l'action en rescision, car cette action a pour but d'obtenir un supplément de lot, par conséquent ce n'est pas une action exclusivement réservée à la personne (1) ; la Cour de Lyon a cependant jugé le contraire. Ils auraient également le droit de faire tomber, en vertu de l'article 1167, la renonciation d'un enfant à la faculté d'intenter l'action en rescision.

L'action en rescision pour lésion, nous l'avons déjà vu, peut être intentée uniquement par les enfants ayant accepté la succession. Lorsque le partage d'ascendant est fait par testament, c'est l'évidence même, puisque pour bénéficier de cet acte il faut être héritier, mais il en est de même si le partage est fait par donation entre vifs, car la qualité d'héritier seule donne droit à l'égalité.

L'enfant doit donc nécessairement être héritier pour pouvoir intenter l'action en rescision. Mais quelle doit être sa capacité ? L'action en rescision a pour but d'annuler le partage et non pas d'en demander un autre, par conséquent, la capacité exigée n'est pas celle nécessaire pour intenter une demande en partage, les articles 817 et 818 sont donc inapplicables. D'autre part, la loi ne s'est pas formellement expliquée sur cette capacité, par conséquent il faut observer les règles de droit commun.

Pour le mineur et l'interdit, l'action sera intentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille (article 464), si l'action a le caractère immobilier.

(1) 9 juin 1876, D. 78.2.13.

Le mineur émancipé agira avec l'assistance de son curateur (art. 482), et, même si l'action a un caractère mobilier, sans cette assistance (argument *a contrario* de l'article 482).

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire aura besoin de l'assistance de ce conseil (art. 513).

Les individus placés dans un établissement d'aliénés seront représentés, en vertu de la loi du 30 juin 1838, par un mandataire *ad litem* (art. 32, 33 et 38 de la même loi).

Les femmes mariées pourront agir avec l'autorisation maritale et, sous le régime de la communauté, le mari pourra agir seul si le partage contient uniquement des meubles.

Si les époux sont mariés sous le régime dotal, le mari pourra exercer l'action (art. 1549), même si le partage comprend des immeubles. Pour les biens paraphernaux on revient au droit commun. Au sujet de la capacité du défendeur, il faudra aussi appliquer également le droit commun.

L'enfant demandeur devra mettre en cause tous les copartagés, car le partage forme un tout indivisible et ne peut tomber à l'égard des uns et subsister à l'égard des autres.

Devant quel tribunal l'action devra-t-elle être portée?

Devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession (art. 822) et ce texte n'est pas en opposition avec l'article 59, alinéa 6 du Code de procédure, car cet arti-

cle déclare « le tribunal de l'ouverture de la succession compétent jusqu'au partage inclusivement », c'est-à-dire définitif, or si l'action en rescision réussit, il y aura lieu de recommencer le partage, par conséquent il n'est pas définitif.

Quels sont les biens sur lesquels la lésion doit être calculée ? De ce que l'action en rescision a pour but de faire respecter l'égalité, il s'en suit que la lésion doit être calculée sur la masse partagée et non pas sur l'ensemble des biens du donateur ; l'enfant ne peut donc se plaindre que s'il n'a pas reçu les trois quarts de ce qui lui revient dans la masse, objet du partage (1).

Mais que décider si l'ascendant a fait plusieurs partages successifs ? Un premier partage contient une lésion de plus du quart au détriment d'un des copartagés, mais cette lésion se trouve réparée par un second partage, faudra-t-il permettre à l'enfant, qui n'est pas lésé dans l'ensemble, de faire tomber celui des deux actes dans lequel il n'a pas les trois quarts de sa part ? Non, le but du partage d'ascendant est de distribuer le patrimoine, par conséquent, la question à se poser est la suivante : le patrimoine est-il oui ou non partagé également ? L'ascendant a du reste pu avoir de bonnes rai-

(1) L'enfant qui a reçu dans son lot une part d'immeuble plus forte que celle des autres et doit pour cela payer une soulte, est tenu d'acquitter sur cette soulte les droits proportionnels d'enregistrement. Comme cette mutation de propriété immobilière est censée faite à son profit, il doit supporter seul le droit d'enregistrement, en dehors des opérations du partage, et par conséquent, le montant de ce droit ne saurait être ajouté pour le calcul de la lésion.

sons pour faire son premier partage inégal, et il a peut-être même eu la pensée de faire disparaître plus tard l'inégalité. Pourquoi vouloir donc considérer comme distinctes des opérations intimement liées entre elles, et présentant aux yeux de l'ascendant le caractère d'une seule disposition ? On a critiqué cette solution, en lui reprochant de ne pas respecter la règle du dessaisissement de l'ascendant car on prend des biens, dans le patrimoine des enfants, pour faire disparaître des lésions déjà produites.

Cette objection n'est pas fondée ; nous venons de voir que, en considérant les partages comme indépendants les uns des autres, on s'exposera souvent à méconnaître la volonté de l'ascendant, d'ailleurs on ne peut pas voir une violation à la règle du dessaisissement dans le fait, par celui-ci, de réparer au moyen d'un second partage l'inégalité produite par un premier (1).

Dans le cas où la lésion, résultant du partage de l'ascendant, devrait disparaître par suite du partage des biens compris dans la succession, faudrait-il ne pas tenir compte des biens de la succession et prononcer quand même la rescision du partage ? Supposons un patrimoine de 50.000 francs. L'ascendant donne 12.500 francs à trois de ses enfants et 8.000 francs au quatrième, il reste une somme de 25.000 francs dans la succession, ce qui

(1) En sens contraire : *Partages d'ascendants entre vifs, voies d'attaque*, par de Masfrand, n° 30. En notre sens : Demolombe, t. XXIII, n° 179. Laurent, t. XV, n° 108 ; Cass., 18 décembre 1854, D. 55.155.

fait à chacun 6.250 francs ; par conséquent, la part de l'enfant lésé se trouve portée à 14.250 francs ; l'actif total étant de 75.000 francs il n'y a plus lésion. On considère cette façon de procéder comme conforme à la doctrine qui voit dans le partage un acte produisant tous ses effets seulement au décès de l'ascendant.

Nous ne croyons cependant pas cette opinion exacte, en effet, l'article 1077 prescrit de répartir conformément à la loi les biens qui peuvent se trouver dans la succession, par conséquent il faut considérer les biens comme indépendants du partage. D'ailleurs, on pourrait se prévaloir de l'article 891 et arrêter le cours de l'action en fournissant le supplément de la part de l'enfant lésé. L'article 1079 applique au partage d'ascendant l'article 887, or cet article exige une lésion de plus d'un quart résultant du partage par conséquent, il en est de même de l'article 1079, et du moment où la lésion existe, la rescision peut être demandée. Si la loi admettait la solution proposée, dans l'article 1077 au lieu de : « ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi », il y aurait : « seront partagés de façon à ce que l'ensemble soit conforme à la loi » (1).

Si les père et mère ont partagé leurs biens sans distinction d'origine, la lésion devra-t-elle être calculée sur le partage total ou sur chacune des deux dispositions

(1) En ce sens : Réquier, n° 177 ; Bordeaux, 18 novembre 1873, *Journal des arrêts de la Cour de Bordeaux*, t. 49, 1874, p. 35.

En ce sens contraire : Bonnet, nos 572 à 576 ; Cour de cass., 17 août 1863, D. 64.1.29.

dont il se compose? La jurisprudence se décide pour la première de ces deux solutions, elle calcule la lésion sur le partage total afin d'éviter le morcellement des biens. Nous ne saurions admettre cette solution, car elle est contraire aux règles générales du Code sur la réserve, l'ascendant donateur peut disposer à son gré de la quotité disponible, mais pour la réserve, il doit suivre les règles posées pour les successions (1).

Après ou avant son partage, l'ascendant a pu donner la quotité disponible ou certains biens par préciput à un de ses enfants, faut-il, dans le cas où cet enfant est lésé par le partage, l'autoriser à agir en rescision ou lui refuser cette faculté en répondant que, s'il est lésé par le partage, il a été avantagé par une donation ou un legs à titre de préciput.

La donation préciputaire peut avoir eu lieu avant le partage et porter sur des objets déterminés. Par l'effet de la donation, le donataire est devenu propriétaire, le partage intervenu ensuite est donc indépendant, et opposer cette donation antérieure comme fin de non-recevoir à l'action en rescision, c'est violer l'irrévocabilité du dessaisissement (2). L'ascendant ne pourrait même pas imposer

(1) Nous déciderions autrement s'il s'agissait d'un partage fait par le survivant des père et mère et comprenant outre les biens du survivant ceux de son conjoint prédécédé. Dans cette hypothèse, en effet, il faut distinguer si le partage est divisible ou indivisible, s'il est indivisible la lésion se calculera sur l'ensemble. Les enfants étaient en effet maîtres de leurs droits lorsqu'ils l'ont accepté, ils doivent donc subir les conséquences de cette acceptation. Cass., 26 décembre 1876, D. 77.1.171 ; de Masfrand, n° 34.

(2) En ce sens : de Masfrand, n° 36 ; Réquier, n° 178 ; Demolombe, t. XXIII, n° 176.

comme condition de sa donation, de ne pas agir en rescision pour la lésion pouvant naître du partage qu'il a l'intention de faire, mais d'imputer, à due concurrence, la lésion sur la libéralité préciputaire ; cette clause serait de la part de l'ascendant une façon indirecte de se conserver le droit d'aliéner les biens donnés.

Supposons maintenant une donation préciputaire de la quotité disponible, puis intervention d'un partage contenant, outre le lot de l'enfant, une assignation de biens pour le remplir de la quotité disponible. D'après une certaine doctrine (1) il faudrait calculer la lésion sur l'attribution entière, sans distinction de préciput et de réserve ; en effet, l'enfant est un copartagé, son attribution entière doit donc être soumise aux règles des partages. Un étranger ne pourrait réclamer s'il recevait les trois quarts du montant de sa donation, l'enfant ne peut donc se plaindre s'il reçoit les trois quarts de son préciput, et ne pouvant réclamer lorsqu'il a reçu simplement les trois quarts de son préciput, on ne peut opposer l'irrévocabilité du dessaisissement.

Nous répondrons à cette doctrine que l'enfant est un copartagé en tant qu'il bénéficie de la distribution des biens de l'ascendant, mais le partage contient deux dispositions distinctes : l'attribution de la quotité disponible, préalablement, et la distribution des biens par lots. Or, si dans la seconde de ces opérations l'enfant est un co-

(1) Bonnet, *op. cit.* t. II, n° 189.

partagé, dans la première il est un donataire ayant des droits irrévocables (1). On objecte, il est vrai, que, en considérant, comme rempli de sa donation, l'individu ayant reçu seulement les trois quarts de ce qui lui a été donné, on viole l'irrévocabilité du dessaisissement, et par conséquent, cette violation ne peut être invoquée comme motif du rejet de la solution proposée. Nous répondrons que cette assertion est absolument inexacte, l'individu lésé du quart est réputé avoir reçu tout ce qu'on lui a donné et cela en vertu d'une disposition légale (art. 1079), par conséquent, il n'y a aucune violation de l'irrévocabilité du dessaisissement; la seule atteinte à l'irrévocabilité est celle produite, par les partisans de la solution proposée, en interdisant à l'enfant de se plaindre lorsqu'il a reçu les trois quarts de son préciput et les trois quarts de sa réserve réunis et cela n'importe comment, pourvu que le résultat existe. Nous admettons donc parfaitement, dans cette nouvelle hypothèse, l'action en rescision intentée par l'enfant donataire.

Supposons maintenant la libéralité préciputaire et le partage faits par un seul et même acte, que faut-il décider?

Une première opinion refuse d'opposer comme fin de non recevoir à l'action en rescision, la libéralité préciputaire. Pour les partisans de cette opinion, la donation opère dessaisissement aussitôt faite, et venir plus tard

(1) En ce sens. de Masfrand, n° 36 b : Demolombe, t. XXIII, n° 177 ; Réquier, n° 179. Bordeaux, 27 décembre 1869, D. 71.2.201.

obliger l'enfant à imputer, jusqu'à due concurrence, la lésion sur la libéralité préciputaire c'est révoquer celle-ci en partie (1).

Une seconde doctrine soutient la solution opposée, elle refuse, dans notre hypothèse, à l'enfant préciputaire la faculté de se plaindre. La libéralité préciputaire et le partage sont les deux termes d'une seule et même disposition, il faut les compléter l'un par l'autre. L'ascendant a certainement voulu établir l'égalité entre ses enfants, l'intention contraire ne peut être présumée, ce serait lui prêter la volonté de faire un acte nul. La libéralité préciputaire a été faite dans la pensée d'avantager l'enfant avec la ferme assurance, bien entendue, d'avoir fait, pour le reste, un partage valable et si l'ascendant avait pu supposer la lésion, il aurait restreint la libéralité préciputaire pour augmenter le lot. D'ailleurs, la libéralité a très bien pu être faite en vue de réparer la lésion produite au détriment de l'enfant, par conséquent la libéralité préciputaire complète le partage. Cette solution a en outre l'avantage d'arrêter en une certaine mesure les atteintes portées à la réserve (2).

Ces deux opinions nous paraissent également rigoureuses et nous préférons nous décider d'après la volonté de l'ascendant (3). Si l'ascendant a manifesté l'intention de laisser, à l'enfant bénéficiaire de la libéralité préci-

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 177.

(2) Rêquier, n° 179.

(3) En ce sens : de Masfrand, n° 36 c.

putaire, l'intégralité de sa réserve, il faudra accorder à l'enfant l'action en rescision. Si l'ascendant ne s'est pas expliqué, il faudra résoudre la question par des distinctions.

L'ascendant avant de faire son partage a-t-il, dans un exposé préliminaire, fait une libéralité préciputaire ? il y aura dessaisissement irrévocable et on ne pourra confondre cette libéralité avec le partage et l'opposer comme une fin de non-recevoir à l'enfant lésé par cet acte.

L'ascendant, au lieu de disposer de la quotité disponible dans un exposé préliminaire, en a-t-il disposé en tête des énonciations qui vont contenir son partage et, pour ainsi dire, comme d'une chose faisant corps avec son partage, puis a-t-il procédé ensuite à l'attribution des biens devant remplir l'enfant de cette libéralité et de son lot ? dans ce cas, croyons-nous, la libéralité pourra être opposée comme fin de non-recevoir à l'enfant agissant en rescision. Dans cette hypothèse, en effet, les deux dispositions nous paraissent intimement liées et si l'ascendant avait prévu la possibilité de l'action en rescision, il aurait ajouté un supplément au lot.

L'ascendant pourrait encore faire à l'enfant un lot plus avantageux qu'aux autres et le lui donner par préciput et hors part, à la fois comme libéralité et comme lot. Dans cette hypothèse, l'enfant, pour agir en rescision, devra subir une lésion de plus du quart sur la totalité du lot donné et on ne pourrait même pas supposer la

solution contraire, puisque la libéralité résulte uniquement du lot plus avantageux et de la stipulation de préciput (1).

La donation préciputaire peut intervenir après le partage.

Dans cette hypothèse, il faudra encore rechercher l'intention de l'ascendant, ce dernier a très bien pu vouloir, par cette libéralité, fournir à l'enfant lésé le supplément de ce qui lui manque ; mais il faudra que l'enfant accepte cette libéralité comme complément de sa juste part.

L'action en rescision de l'article 1079 est l'application aux partages d'ascendants de la rescision de l'article 887 par conséquent, elle sera applicable au partage dissimulé sous le nom d'une vente ou de tout autre contrat. Tel serait, par exemple, l'acte par lequel l'ascendant aurait vendu ses biens moyennant une rente viagère et dans lequel l'attribution faite à un enfant contiendrait une lésion de plus du quart.

L'action en rescision pour lésion est donnée uniquement dans le cas où la lésion résulte de l'allotissement lui-même ou d'une cause d'éviction ou de trouble, mais antérieure au partage, si elle était postérieure, il n'y aurait pas lieu à rescision.

La lésion de plus du quart donne lieu seulement à l'action en rescision, par conséquent, lorsque cette action est prescrite, l'enfant ne saurait agir en retranchement

(1) En ce sens : de Masfrand, n° 36 c.

contre ses copartagés en vertu de l'article 920. Cet article ne s'applique pas aux partages d'ascendants ; pour ces derniers, il est remplacé par l'article 1079, second alinéa, cela résulte des travaux préparatoires.

Lorsqu'un partage est attaqué au moyen de l'action en rescision ce partage n'est pas forcément annulé, l'article 891 accorde, en effet, la faculté d'arrêter la marche de l'action en rescision basée sur l'article 887, en fournissant à l'enfant lésé le supplément de sa juste part. Nous avons vu que l'article 1079, premier alinéa, appliquait aux partages d'ascendants cette action en rescision, par conséquent il y aura lieu aussi à l'application de l'article 891. Cette solution a cependant été contestée, car, a-t-on dit, l'article 891 suppose un acte résultant du fait des parties, il s'agit de revenir sur une convention déjà faite. On peut répondre à cela, que le partage d'ascendant doit être considéré comme fait par les enfants car ils sont les successeurs de l'ascendant. Admettre l'application de l'article 891 objecte-t-on encore c'est violer la règle de l'égalité de la répartition en nature. Cette objection n'est pas décisive, car en édictant l'article 891 pour les partages ordinaires, le législateur a cru pouvoir écarter la règle de l'égalité en nature ; or pourquoi, lorsqu'il s'agit des partages d'ascendants, cette règle s'imposerait-elle avec plus de rigueur que pour les partages ordinaires ? La faculté d'arrêter le cours de l'action en rescision en fournissant le complément de la part de l'enfant lésé, a été édictée afin d'éviter l'annula-

tion des partages ; or les actions intentées contre les partages d'ascendants étant plus nombreuses que celles intentées contre les partages ordinaires, la faculté d'arrêter ces actions s'impose avec une force bien plus grande.

Qui a le droit d'offrir le supplément de l'article 891 ? L'enfant contre lequel est dirigée l'action et aussi ses créanciers, car la faculté accordée par cet article est une disposition d'ordre exclusivement pécuniaire, les ayants cause à titre onéreux de cet enfant auraient également ce droit, puisqu'ils peuvent exercer contre lui l'action en garantie, en cas d'éviction, ils sont donc ses créanciers éventuels. Mais il en serait autrement des donataires qui ne sont pas ses créanciers.

Qu'arrivera-t-il s'il y a plusieurs défendeurs ? S'ils sont tous d'accord pour payer, il n'y a pas de question ; mais si quelques-uns seulement y consentent, que décider ? Il faut décider qu'il y aura lieu à annulation du partage, car le paiement est une faculté accordée par la loi et non pas une obligation imposée par elle. Peu importerait toutefois le refus d'un d'entre eux, si les autres consentaient à payer sa part.

Quelle est la valeur du supplément à fournir ? Puisque son but est de faire disparaître la lésion, il doit être égal à la part que l'enfant lésé devait avoir, il n'y aurait pas lieu de faire la déduction prévue par l'article 1681 en fait de vente, car cette disposition est exceptionnelle et aucun texte ne l'applique aux partages d'ascendants. On devrait même accorder les fruits depuis le décès, car

si l'enfant avait eu sa part entière il les aurait eus ; ce ne serait donc pas lui accorder la réparation entière de la lésion que de décider autrement. Pour calculer le montant de la lésion, il faudra se reporter au partage comme nous allons le voir, il faudra aussi se reporter à cette même époque pour apprécier le montant du supplément à fournir. Toutefois, si on le fournit en nature, on comptera la valeur des biens au moment où on le livrera, c'est la règle pour les datations en paiement (1).

L'article 891 permet d'offrir le supplément de la part de l'enfant et il permet de l'offrir en numéraire ou en nature. A qui appartient le droit d'option ? La loi ne s'exprimant pas à ce sujet, il faut l'accorder au débiteur (art. 1190).

En accordant à l'enfant le choix entre le supplément en numéraire ou en nature, la loi ne lui accorde pas toutefois le droit de substituer, à son caprice, un de ces modes à l'autre ; donc, une fois son choix fait, il ne pourra revenir dessus.

Le supplément doit-il être toujours prélevé sur les biens donnés par l'ascendant à l'enfant avantagé ? Non, si lors du décès de l'ascendant, il se trouve quelques biens non partagés le défendeur pourra offrir, à due concurrence, sa part dans ces biens, à l'enfant lésé, comme supplément.

La loi ne fixant pas l'époque à laquelle le supplément

(1) Baudry et Wahl, *Successions*, III, n° 4659.

pourra être fourni, on doit en conclure qu'il pourra l'être en tout état de cause, en appel comme en première instance (1). Du reste, dût-on considérer cette offre comme un moyen nouveau, elle ne constituerait qu'un moyen de défense contre l'action principale, et serait par conséquent, valablement proposée pour la première fois en appel (art. 464).

Quand cette faculté accordée par l'article 891 cessera-t-elle ? Elle cessera seulement lorsque le jugement prononçant rescision du partage aura acquis force de chose jugée (2). Une fois le jugement passé en force de chose jugée (3), cette faculté cessera, permettre au défendeur de se prévaloir encore de l'article 891, après cette époque, ce serait lui accorder le droit d'annihiler un jugement. Il aurait toutefois certainement ce droit si le demandeur y consentait. On ne pourrait objecter contre cette solution les expressions « empêcher un nouveau partage ». Cette faculté doit tomber devant l'exception de chose jugée. L'enfant qui veut empêcher la rescision n'est pas condamné à payer, dans tous les cas, au demandeur ce qui lui manque pour ne pas être lésé, cela n'a lieu que lorsque le défendeur a reçu lui-même tout ce qui manque à l'autre, dans le cas contraire, il n'a à lui donner que ce qu'il a en trop ; et, si l'individu qui attaque est lésé de plus d'un quart, d'un quart et demi,

(1) Nîmes, 31 mars 1841, *Palais*, 41.2.452.

(2) Demolombe, t. XVII, n° 459.

(3) Duranton, *op. cit.*, t. VII, n° 583.

le défendeur n'aura, pour arrêter son action, qu'à lui donner un quart et demi quand bien même l'avantage fait, à lui défendeur, serait supérieur à ce chiffre, deux quarts par exemple. Ce qui doit être fourni, c'est ce qui eût été accordé au demandeur en cas de gain du procès et rien autre chose.

L'article 891, accordant aux enfants une simple faculté, s'ils ne veulent pas en user, les juges ne peuvent les y forcer. Par contre, si les enfants défendeurs offraient de fournir le complément de la part du demandeur, les juges ne pourraient prononcer la nullité du partage.

A quel moment les juges devront-ils se placer pour voir s'il y a lésion ? Il faut appliquer l'article 890 et estimer les objets suivant leur valeur à l'époque de l'acte. Dans le partage par testament, c'est évidemment l'époque du décès de l'ascendant, à ce moment seulement, s'ouvre la succession et le partage produit son effet. Mais, si cet acte a lieu par donation entre vifs, à quelle époque faudra-t-il se placer ? Est-ce au moment où, cet acte a été posé ou à l'époque du décès de l'ascendant ?

La jurisprudence considérant le partage d'ascendant pendant la vie de celui-ci comme une donation en avancement d'hoirie et lui reconnaissant le caractère de partage uniquement à la mort du donateur, a été tout naturellement amenée à se reporter à cette époque pour évaluer la lésion ; cette solution est logique, car d'après la théorie de la jurisprudence, c'est à ce moment là seulement que naît le partage. L'article 1076, dit-on, en exi

geant pour la validité des partages le respect des règles des donations et testaments a eu pour but unique de poser des règles de forme mais n'a pas voulu changer la nature du partage, par conséquent ne s'oppose nullement à l'évaluation de la lésion au décès. D'ailleurs, l'article 1078 renvoie expressément au décès, l'exercice de l'action qu'il donne ; celle de l'article 1079, second alinéa, s'ouvre aussi au décès, car à cette époque seule il peut y avoir lieu à réduction, il doit donc en être de même de l'action en rescision, car si le législateur avait voulu lui fixer un autre point de départ, il ne l'aurait pas autorisée par l'article 1079, premier alinéa, la plaçant ainsi entre deux dispositions autorisant des actions prenant naissance seulement au décès de l'ascendant. On ne saurait d'ailleurs estimer à une époque antérieure puisque l'action n'est pas née. Il faudra donc estimer les biens d'après leur état au jour de la donation et leur valeur au décès.

D'après la doctrine faisant produire à l'acte son effet dès le jour où il est passé, il faut, pour savoir s'il y a lésion, se placer au jour de la donation, estimer les biens d'après leur état et leur valeur à ce jour. Cette solution est également celle de l'opinion voyant dans le partage de l'ascendant une ouverture anticipée de la succession. Pour nous, nous croyons aussi qu'il faut, pour estimer la lésion, se placer au moment de l'acte. La loi ne donne pas à l'ascendant la faculté de faire une distribution de ses biens ayant d'abord le caractère d'une donation pour

prendre ensuite celui d'un partage, elle donne la faculté « de distribuer et partager » les biens, par conséquent de les partager actuellement. Notre ancien droit admettait déjà l'estimation au jour de l'acte. Boullenois, cité parfois dans l'opinion adverse, après avoir examiné des questions de réduction, ajoute : « *quid juris* si depuis le partage fait en conséquence de la démission de biens il était survenu sur quelques-uns des effets partagés, un cas fortuit ou de force majeure qui eut fait périr la portion d'un des démissionnaires, la perte tomberait-elle sur le démissionnaire seul ou se devrait-elle répartir sur la masse universelle arrivant à la mort du démettant, en sorte qu'il fallût procéder à un nouveau partage et indemniser le démissionnaire ? Le grand principe est que la chose pérît toujours pour le propriétaire dans les cas fortuits, or nous ne pouvons nous dispenser de regarder le démissionnaire partagé comme propriétaire du jour du partage. » Que veut la loi en imposant à l'ascendant le respect de l'égalité ? Elle veut l'empêcher d'avantager un enfant au détriment des autres, or, pour savoir si l'ascendant a oui ou non voulu avantager un enfant, il faut se placer au moment de l'acte. Comment, en effet, rendre le donateur responsable d'inégalités survenues postérieurement et dont il n'a pas eu connaissance ? Ce serait lui supposer un don de divination, la faculté de voir dans l'avenir le sort de ses biens.

On reproche à notre solution d'exposer l'enfant partagé à des chances de gains et de pertes. Ce reproche

n'est pas sérieux, cette chance de gains et de pertes est une des conséquences du droit de propriété, pour la lui enlever il faut lui enlever la propriété. On peut faire au système adverse un reproche bien autrement fondé, c'est celui de rendre très difficiles les partages d'ascendants. On perce beaucoup de chemins, or ces chemins procurent une grande plus-value aux immeubles situés dans leur voisinage, de même les bains de mer font monter le prix de certaines propriétés, il y a des causes innombrables de plus-value, il y a également des motifs très nombreux de moins-value, par conséquent, les partages d'ascendants sont exposés à de nombreuses chances de nullité (1).

Étant ainsi exposés à se voir privés de leurs lots, les enfants n'apporteront probablement pas tout le soin nécessaire aux biens donnés, ils n'oseront pas se livrer aux améliorations coûteuses. Ils ne pourront non plus aliéner les biens. Qui voudrait acquérir une propriété aussi incertaine (2).

(1) On a déjà bien de la peine, dit Paultre, à trouver des experts assez intelligents pour fixer avec une certitude parfaite la valeur actuelle, comment espérer en trouver qui soient capables d'estimer non seulement le présent, mais même l'avenir.

(2) M. Urbain Guérin dans une étude sur un côté de la réforme successorale, *Réforme sociale*, t. VI, p.297, s'exprime ainsi : « Le copartagé devra même éviter de se livrer à un travail trop opiniâtre, de réaliser sur sa propriété de trop nombreuses améliorations ; il redoutera les événements fortuits qui accroîtront la valeur de son domaine. Car si un des copartagés s'apercevait de cette plus-value, il pourrait intenter un procès pour cause de lésion avec de grandes chances de succès, puisque le domaine estimé d'après sa valeur le jour de l'ouverture de la succession vaudra plus qu'à l'époque du partage. Le propriétaire évincé aura travaillé pour autrui ; son labeur lui aura nui. Ainsi la loi constitue une

En considérant le partage d'ascendant, pendant la vie du donateur, comme une donation en avancement d'hoirie et en se plaçant au décès pour évaluer les biens partagés, en vertu des articles 855 et 863, on en est arrivé naturellement à appliquer aussi les articles 859 et 868, à distinguer entre les meubles et les immeubles, évaluant les meubles au moment de la donation parce qu'ils perdent facilement leur valeur par l'usage et les caprices de la mode ; mais cette solution doit être repoussée (1) : les articles 859 et 868 ont trait au rapport, or le partage d'ascendant a été fait précisément pour permettre à l'ascendant d'éviter à ses enfants le rapport des biens donnés par lui.

M. Dubernet de Boscq a proposé une distinction sur le mérite de laquelle nous nous sommes déjà expliqué. Il distingue deux hypothèses :

Celle où, avant l'attribution, l'ascendant a donné à ses enfants une quote-part de ses biens ;

Et celle où l'attribution n'a pas été précédée de cette institution.

Dans le premier cas, l'estimation se ferait au moment du partage, car les enfants puisent dans l'institution un droit à l'égalité.

Dans le second cas, au contraire, les enfants n'au-

prime à la déloyauté, elle accorde toutes ses faveurs à l'héritier, qui, reniant son consentement au partage, détruit par mauvaise foi la sécurité de la famille. »

(1) La Cour de cassation par arrêt du 16 décembre 1878, D. 79.1.223, s'est prononcée contre cette distinction.

raient aucun droit à l'égalité ; les libéralités faites par le père sont des donations individuelles, par conséquent il faudrait se placer au décès, les enfants ne pouvant exiger l'égalité que comme héritiers.

Cette distinction, nous l'avons déjà dit, ne saurait être acceptée ; en effet, lorsque l'ascendant n'a pas institué ses enfants pour une quote-part, préalablement au partage, la loi la suppose, puisque cette institution par l'ascendant est la reconnaissance expresse de la vocation légale, d'ailleurs l'intention de celui-ci est la même dans l'un et l'autre cas. De plus, si dans la seconde hypothèse, l'ascendant a fait des donations individuelles il n'y a pas partage d'ascendant ; la loi exigeant pour la réalisation de cet acte une distribution et un partage, on ne saurait se contenter de la distribution seule.

On a encore proposé de distinguer si l'ascendant s'est ou non réservé l'usufruit des biens partagés. Dans la première hypothèse, l'estimation devrait avoir lieu d'après la valeur des biens au jour du décès de l'ascendant et dans la seconde, d'après la valeur au jour de l'acte.

Cette doctrine est fondée sur une base inexacte, elle considère la réserve d'usufruit comme ne donnant pas aux enfants la possession des biens partagés et, par conséquent, ne permettant pas de mettre à leur charge la dépréciation pouvant se produire entre le jour de la donation et le décès du donateur. Cette solution ne saurait être admise, car les cas fortuits sont pour le propriétaire, et les enfants sont propriétaires par le seul fait du par-

tage. La réserve d'usufruit ne les empêche nullement de posséder les biens donnés, le seul effet de cette clause est de rendre les enfants possesseurs par l'intermédiaire de l'ascendant, or la possession par l'intermédiaire d'autrui n'en est pas moins une véritable possession. Il faudra donc se placer au moment de la donation pour estimer la valeur des biens. Cette solution, il est vrai, pourra quelquefois mener à une double estimation ; il en sera ainsi lorsque l'acte sera attaqué en vertu d'une action en rescision (art. 1079, 1^{er} alinéa) et d'une action en réduction (art. 1079, 2^e alinéa). La dernière de ces actions a pour but d'empêcher l'ascendant d'étendre sa quotité disponible au delà des termes fixés par la loi, or la quotité disponible se calcule sur le patrimoine entier, et ce calcul est possible uniquement au décès de l'ascendant. Cette différence relative à l'époque de l'estimation est donc une conséquence de la diversité des actions.

Notre solution a le mérite non seulement d'être plus juridique, mais encore d'être beaucoup plus simple que celle de la jurisprudence.

Supposons, en effet, un partage fait par les père et mère dans lequel ces derniers ont distribué leurs biens à leurs enfants en tenant compte de l'origine de ces biens, la jurisprudence, pour apprécier s'il y a une lésion, considère la valeur des biens donnés, au décès de l'époux donateur, par conséquent, ce partage fait avec une égalité rigoureuse pourra au décès du prémourant ne présenter aucune lésion appréciable, pour la part donnée par cet

époux, et par conséquent être inattaquable, mais il pourra bien y avoir, au décès du survivant, une lésion de plus du quart dans la part attribuée par ce dernier et par conséquent son attribution à lui sera rescindée. Ce résultat sera manifestement contraire à l'intention des parties, elles ont fait leur partage dans le même acte, elles ont donc voulu faire une seule disposition nulle ou valable pour le tout.

Lorsque le partage est fait par les deux époux, mais sans distinction d'origine des biens, pour nous, la solution est toujours la même, il n'en est pas de même dans l'opinion de la jurisprudence. Celle-ci, en effet, modifie dans cette hypothèse la solution précédente, elle se place au décès du survivant car le partage forme alors un tout indivisible, une seule masse, où les biens ne sont pas répartis suivant leur origine mais d'après l'intérêt des enfants afin d'éviter le morcellement des propriétés (1). Ce serait détruire l'harmonie du partage que de le séparer en deux actes différents, et on arriverait de la sorte presque certainement, à faire naître des lésions de plus du quart dans chacune des deux parties de l'acte ainsi dédoublé.

Si le partage fait par le survivant des père et mère comprend les biens de celui-ci cumulativement avec ceux de son conjoint prédécédé, nous admettrions toujours la même solution ; quant à la jurisprudence, elle

(1) Cass., 26 décembre 1876, D. 77.1.171.

renouvelle la distinction ci-dessus exposée entre le partage divisible et le partage indivisible.

L'ascendant, dans la prévision du cas où le lot d'un des enfants serait beaucoup plus considérable que celui des autres, peut donner, à l'enfant, l'excédent par préciput et hors part. Quel sera l'effet de cette clause ?

Cette clause a pour but d'empêcher l'application de l'article 1079 dans le cas où, il y aurait, pour un des descendants, une lésion de plus du quart, donc elle doit, dit-on, être nulle, car on ne peut dans un acte faire renoncer les parties à la faculté de se prévaloir de la lésion. De plus, la loi permet sans doute de faire des libéralités à un des enfants copartagés, mais cette libéralité doit être expresse, or ici l'ascendant ne sait pas quel est l'enfant bénéficiaire du préciput.

On peut répondre à ces objections : la loi exige un avantage formel, mais il est très formel, l'ascendant déclare expressément donner l'excédent de la juste part par préciput. L'enfant bénéficiaire de cette libéralité n'est pas désigné nominalemeut, c'est vrai, mais la loi ne l'exige nullement.

Quant à l'objection tirée de la prohibition de la renonciation, dans un acte, du droit de se prévaloir de la lésion pouvant naître de cet acte lui-même, elle n'est pas plus décisive. Cette prohibition s'expliquerait, si les enfants procédaient eux-mêmes au partage, mais ici l'ascendant partage lui-même et peut disposer de la quotité disponible comme bon lui semble.

Il faut donc déclarer cette clause de préciput valable. Mais la donation doit être faite formellement à titre de préciput, il faut que la volonté de l'ascendant ne soit pas douteuse ; ainsi la clause par laquelle « on dispose à titre de partage et en tant que de besoin par préciput » ne serait pas suffisante, car l'effet du partage est de dispenser du rapport et, par la clause précitée, l'ascendant pouvait vouloir rappeler uniquement l'effet général du partage, il faudrait donc employer une phrase comme celle-ci : « si les lots ne sont pas égaux, j'entends donner, par préciput, la différence en plus ». Enfin cette clause se confond avec le partage, si donc le partage est annulé, cette clause tombera avec lui, tandis qu'en donnant des biens particuliers, par préciput et hors part, dans le partage ou par un acte séparé, cette disposition subsiste malgré l'annulation du partage ; elle en est alors indépendante.

L'article 1677 du Code civil exige pour permettre l'action en rescision, en matière de vente, que la lésion paraisse vraisemblable d'après les faits invoqués. Faudrait-il appliquer cet article aux partages d'ascendants ? Nous ne le croyons pas. La vente est un acte à titre onéreux ; le législateur a donc cru devoir permettre de l'attaquer seulement lorsque la lésion est vraisemblable ; le partage d'ascendant est un acte à titre gratuit, or le législateur se montre plus facile dans l'admission des voies d'attaque contre les actes à titre gratuit. D'autre part, l'égalité est l'âme des partages, par conséquent, le

rétablissement de cette égalité doit être favorisé par tous les moyens possibles. L'article 1677 apporte d'ailleurs une restriction au droit commun et, comme tel, ne doit pas être étendu hors des cas spécialement visés par lui.

Lorsqu'une demande en rescision est intentée, les juges doivent nécessairement ordonner une expertise avant de se prononcer sur l'admission ou le renvoi de cette demande ; il en serait, toutefois, autrement si la lésion résultait manifestement de l'acte, alors les juges pourraient prononcer *de plano* la rescision, d'ailleurs, l'évaluation pourrait valablement être faite à l'aide du revenu cadastral de la contribution foncière.

La question de savoir s'il y a ou non lésion est une question de fait, par conséquent le jugement qui se prononce sur ce sujet échappe, de ce chef, au contrôle de la Cour de cassation.

L'enfant qui veut faire tomber le partage, ne pourrait pas demander en appel la rescision pour lésion s'il ne l'a pas demandée, auparavant, en première instance.

Que dire s'il y a un enfant naturel dans le partage ? Les enfants pourront-ils, s'il a une part plus forte que celle autorisée par l'article 908, l'attaquer en se prévalant de cet article ou faudra-t-il, au contraire, prouver une lésion supérieure au quart ?

On a soutenu qu'on devait appliquer ici l'action en retranchement de l'article 908, car il y a là donation déguisée, et admettre la solution contraire, ce serait donner au père un moyen de tourner les prescriptions légales.

Nous ne saurions admettre cette théorie, en effet, la matière du partage d'ascendant est une matière spéciale et elle admet l'application des règles ordinaires, seulement en tant qu'elles ne sont pas contraires à ses principes spéciaux, ceci a été dit expressément dans les travaux préparatoires, or l'article 908 est manifestement contraire à l'article 1079, par conséquent il est inapplicable, qu'on n'objecte pas que l'art. 908 tient à l'ordre public et qu'il est scandaleux de voir des enfants naturels arriver en ligne de compte avec les enfants légitimes et prendre plus que la loi ne permet.

En ce qui concerne l'ordre public, la réserve est d'ordre public, c'est une chose sacrée à laquelle le législateur ne veut laisser porter aucune atteinte et cependant, dans les partages d'ascendants, il y a parfois des atteintes à la réserve et on ne peut les réprimer car ce serait violer l'article 1079, pourquoi en serait-il autrement pour l'article 908 ?

On objecte le scandale, mais ce qui est scandaleux c'est, non pas d'appeler les enfants naturels à la succession, mais bien d'en avoir.

Les théories législatives réagissent d'ailleurs contre cette idée (Nouvelle loi des enfants naturels).

§ 3. — Atteinte à la réserve.

Après avoir dans son premier alinéa permis d'attaquer le partage pour lésion de plus du quart, l'article 1079 ajoute dans un second alinéa : « il pourra l'être aussi

dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. »

Dans le projet discuté au Conseil d'Etat, le 27 ventôse an XI, cette deuxième partie de l'article 1079 n'existait pas et elle était remplacée par un article ainsi conçu : « Le partage sera encore nul si les pères et mères ou autres ascendants ont fait, à titre de préciput, une disposition soit entre vifs soit par testament au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfants. » En proposant cet article, on avait pour but d'empêcher un ascendant de donner sa quotité disponible à un de ses enfants et ensuite, dans un partage, de lui faire un nouvel avantage en lui donnant un lot plus considérable.

Tout en admettant cette idée, le Conseil d'Etat a trouvé l'article trop rigoureux, aussi l'a-t-il adopté sauf modification dans la rédaction, comme nous l'avons vu en étudiant les travaux préparatoires, et cette modification de rédaction a abouti au second alinéa de l'article 1079. Il résulte de la loi, que cette disposition a pour but d'empêcher l'ascendant de disposer au delà de la quotité disponible au profit d'un de ses enfants.

Donc de deux choses l'une : ou l'ascendant a fait seulement un partage, alors les enfants pourront uniquement se plaindre dans le cas où il y aurait, à leur détriment, une lésion de plus du quart. Ou l'ascendant a fait outre son partage un don par préciput à un de ses successibles, dans ce cas les autres enfants pourront se

plaindre non plus seulement s'ils éprouvent une lésion de plus du quart, mais dans tous les cas où le successible avantage par préciput aurait, tant par suite du préciput que par l'effet d'un allotissement plus considérable dans le partage, reçu un avantage excédant la quotité disponible. La condition essentielle pour l'exercice de l'action donnée par l'article 1079, second alinéa, est donc le cumul d'une attribution plus forte que la juste part et d'une donation par préciput.

L'article 1079, second alinéa, n'indique pas la nature de l'action par lui accordée ; est-ce une action en rescision ou une action en réduction ?

Certains auteurs et la jurisprudence, considèrent cette action comme une action en rescision et non pas comme une action en réduction.

L'article 1079, second alinéa, disent-ils, porte : « le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué... il pourra l'être aussi », si le législateur avait voulu donner une action en réduction il n'aurait pas permis d'attaquer le partage, car la réduction a pour objet de faire restreindre une disposition excédant la quotité disponible, mais non pas d'en demander l'annulation. Les travaux préparatoires montrent que l'on a considéré le partage d'ascendant entre enfants, dont l'un a déjà été favorisé comme devant presque toujours être un moyen de tromper la nature et la loi et, qu'en admettant la validité du partage il faudrait le déclarer rescindable pour la plus petite lésion. L'article 1079 lève, en outre, tous les doutes

en réunissant les deux actions dans une disposition unique, il les place sur la même ligne et les soumet virtuellement aux mêmes règles (1).

D'après un auteur (2), cette action est une action *sui generis*. En effet, elle n'est pas une action en rescision du partage car elle n'a pas pour but de rétablir l'égalité, ce rétablissement de l'égalité faisant l'objet du premier alinéa de l'article 1079. Ce n'est pas davantage une action en réduction, car la libéralité ne dépasse pas la quotité disponible ; c'est une action fondée sur une présomption de fraude à la réserve par suite du cumul d'une libéralité préciputaire, et de l'assignation d'un lot supérieur à la juste part.

Ainsi, d'après ces systèmes, le législateur aurait accordé contre le partage d'ascendant deux voies d'attaque.

La première, celle de droit commun, donnée contre les partages ordinaires et appliquée aux partages d'ascendants par le premier alinéa de l'article 1079.

La seconde, spéciale aux partages d'ascendants.

Elles auraient toutes deux pour but de faire tomber le partage.

Elles pourraient être intentées :

La première, pour lésion de plus du quart, contre les copartagés qui n'auraient pas reçu de préciput.

La seconde, pour lésion quelconque, contre celui des

(1) Cass., 1^{er} mai 1861, D. 61.1.323.

(2) Laurent, XV, n° 142.

copartagés qui, outre une libéralité préciputaire, aurait reçu un avantage quel qu'il fût, dans la composition de son lot.

Nous ne croyons pas ces doctrines exactes, l'action accordée par le second alinéa de l'article 1079 est une action en réduction, elle est donnée, en effet, contre un enfant ayant reçu une libéralité préciputaire et un lot plus fort que sa juste part ; la loi présume alors une fraude à la prohibition des libéralités excédant la quotité disponible, et fait fléchir la défense faite par le premier alinéa de cet article d'attaquer le partage pour une lésion égale ou inférieure au quart. La loi n'annule donc pas le partage dans cette hypothèse. Admettre la nullité c'est rendre le partage impossible ; en effet, si un avantage le plus minime suffit pour annuler cet acte, l'ascendant sera obligé d'attribuer à son enfant préciputaire un lot manifestement inférieur à sa juste part et encore cela ne suffira pas, car la plus petite plus-value peut donner naissance à une cause de rescision.

Il y a, il est vrai, quelque chose de particulier dans cette action. Dans l'action ordinaire en réduction, le tribunal condamne l'enfant avantagé à rapporter l'excédent de la quotité disponible, dans l'action en réduction intentée en vertu du second alinéa de l'article 1079, il adjuge cet excédent, à due concurrence, au demandeur ; mais cette différence tient aux règles particulières du partage d'ascendant. On ne peut obliger l'enfant à rapporter l'excédent puisque le partage d'ascendant a pré-

cisément pour but d'éviter tout partage et par conséquent tout rapport. Il ne faut attacher aucune importance au mot « l'attaquer », car la libéralité ne résulte pas d'une disposition spéciale, mais uniquement de la composition du lot, par conséquent on ne peut attaquer cette libéralité en elle-même, elle n'a pas d'existence séparée, pour l'atteindre il faut évidemment s'en prendre au partage (1).

Les travaux préparatoires ne montrent nullement qu'on ait voulu annuler le partage, bien au contraire. Berlier s'est, il est vrai, servi de l'expression « rescindé pour la plus petite lésion » (2), mais son opinion n'a pas triomphé, et l'article 1079 ne contient pas le mot « rescindé », il emploie au contraire le mot « attaqué », c'est la preuve évidente du rejet de l'opinion de Berlier. Les termes mêmes de cet article, montrent une différence entre l'action accordée par le premier alinéa et celle donnée par le second. Le premier alinéa permet d'attaquer le partage pour lésion de plus du quart et le second pour un avantage plus grand que la loi ne permet ; par conséquent dans le premier cas, il s'agit d'une action en rescision et dans le second d'une action en réduction (3).

On objecte que le partage est un acte indivisible, par conséquent doit être valable ou tomber pour le tout.

(1) Réquier, *op. cit.*, n° 213.

(2) Il a dit aussi « le partage sera nul, si les père et mère ou autres ascendants ont fait à titre de préciput une disposition soit entre vifs, soit par testament au profit d'un ou plusieurs de leurs enfants ».

(3) Voir en ce sens : de Masfrand, n° 45.

Nous répondrons que certainement le partage forme un tout indivisible, mais dans l'espèce il y a une donation déguisée qui est ajoutée au partage ; en réduisant cette donation déguisée on ne touche nullement à celui-ci ; on fait seulement tomber une disposition étrangère placée dans cet acte par l'ascendant afin de la faire échapper à la nullité. La loi d'ailleurs suppose chez l'ascendant l'intention de faire un partage valable, plus arrêtée que la volonté de voir maintenir la composition des lots ; en effet, l'article 891 permet de compléter le lot de l'enfant lésé et d'empêcher ainsi la nullité de l'acte.

M. Réquier applique ici l'article 891, mais nous ne saurions admettre cette application car il s'agit d'une action en réduction. M. Réquier objecte, il est vrai, que ce n'est pas une action en réduction ordinaire. Nous venons de voir le contraire. Si d'ailleurs, elle n'est pas accordée lorsqu'une libéralité est faite à un étranger, c'est parce que le législateur considère la réserve collectivement et non pas vis-à-vis de chaque enfant ; or la réserve prise collectivement n'est pas entamée dans cette hypothèse. Nous ne saurions admettre l'application de l'article 891, car, sauf l'application de l'article 866, les enfants ont droit à leur réserve en nature, par conséquent le défendeur ne pourrait obliger le demandeur à se contenter d'un supplément en numéraire.

L'action accordée par l'article 1079, second alinéa, est donc une action en réduction et ne comporte pas l'application de l'article 891.

Quelles sont les conditions requises pour pouvoir intenter cette action ?

Il faut être réservataire (art. 921) et comme on ne peut être réservataire sans être héritier, il faudra nécessairement avoir accepté la succession.

Cette action pourra être intentée par tous les enfants lésés collectivement ou séparément, par chacun d'eux.

Les créanciers de l'enfant lésé pourront agir à sa place en vertu de l'article 1166, ce n'est pas, en effet, une action réservée à la personne, mais au contraire une action exclusivement pécuniaire, les créanciers pourraient aussi, en vertu de l'article 1167 attaquer une renonciation frauduleuse faite par un réservataire à son droit d'agir.

Mais les donataires, légataires et créanciers du défunt n'auraient pas le droit d'y recourir.

La loi ne s'est pas expliquée sur la capacité nécessaire pour intenter l'action en réduction ou pour y défendre, il faut donc appliquer ici les règles du droit commun.

Il faut, en outre, qu'un des enfants ait reçu une libéralité précipitaire et un lot supérieur à sa juste part. Peu importe d'ailleurs que la libéralité ait porté sur tout ou sur une partie seulement de la quotité disponible, la loi ne fait aucune distinction. Peu importe également que la libéralité ait eu lieu dans le partage même ou dans un acte séparé et si elle a lieu par acte séparé, qu'elle ait été faite avant ou après le partage, si la libéralité a été faite dans l'acte de partage, il n'y aurait pas lieu non plus de distinguer entre le cas où la libéralité a été faite par

une disposition spéciale et celle où une attribution unique a eu lieu, pour remplir le copartagé de son préciput et de sa part dans le patrimoine. La loi, ici encore, n'a fait aucune distinction et elle n'avait pas besoin d'en faire, puisque son but est d'empêcher les avantages excédant la quotité disponible. Tronchet, il est vrai, reprochait à l'article 156 du projet de ne pas être assez clair, car on ne savait pas s'il s'agissait d'un préciput antérieur ou postérieur au partage ou encore contenu dans cet acte même ; mais dans la suite de la discussion on n'a pas renouvelé cette remarque et elle paraît n'avoir pas eu d'écho.

L'article 1079 ne s'appliquerait pas si l'enfant préciputaire n'avait reçu aucun avantage ; il est, par exemple, inapplicable quand l'avantage a été fait à un autre enfant ou quand le bénéficiaire de la quotité disponible est un étranger. Le législateur a considéré alors la réserve comme intacte car il la considère en une seule masse, collectivement ; dans le partage de cette réserve, il est vrai, il peut y avoir de petites inégalités, mais la loi n'a pas cru nécessaire de déroger à l'article 1079, premier alinéa ; d'ailleurs si l'action en rescision avait été donnée pour toute lésion appréciable, il aurait autant valu supprimer les partages d'ascendants dans cette hypothèse.

Si la loi a cru devoir se départir de cette solution, dans l'hypothèse d'une libéralité faite à un enfant avantagé par l'attribution des biens, c'est parce qu'elle suppose alors la fraude.

On a reproché au législateur de ne pas avoir donné la même solution lorsque la quotité disponible est donnée à un enfant et qu'un avantage résultant du partage est établi au profit d'un autre d'entre eux. On suppose un ascendant ayant huit enfants, une fortune de 100,000 francs; la quotité disponible est donnée à Primus, jointe à sa réserve elle porte sa part à 32,031 fr. 25; il reste ensuite 75,000 francs, l'ascendant donne à Secundus $\frac{1}{4}$ de ces 75.000 francs qui joints à sa part font 25.781 fr. 25, les 6 autres enfants ont chacun 7.031 fr. 25. La quotité disponible est de 25. 000 francs, et cependant l'ascendant a fait 43. 750 francs de libéralité. La loi, dit-on, impose les règles de la donation, donc l'article 913 doit s'appliquer. Le législateur, ajoute-t-on, a voulu qu'il en soit ainsi; l'article 1079, second alinéa prévoit, il est vrai, seulement l'hypothèse où la libéralité et l'avantage sont faits au même enfant, mais si ces libéralité et avantage s'adressent à des enfants différents il faut encore maintenir la même solution, cela résulte de l'esprit de la loi si le texte ne s'en explique pas (1).

Nous ne pouvons admettre cette solution. Dans l'es-pèce proposée, il y a lieu, croyons-nous, à annuler le partage, mais parce qu'il y a évidemment une libéralité déguisée, il faudra appliquer l'article 920 et non pas l'article 1079, second alinéa, car ce dernier texte ne vise nul-

(1) L'article 1076 renvoie en effet à l'observation des règles des donations entre vifs, les règles de la quotité disponible s'appliquent donc ici. En ce sens : de Masfrand, n° 47.

lement cette hypothèse et il apporte une exception aux règles ordinaires de la quotité disponible.

L'article 920 s'appliquerait de même dans tous les cas où le père aurait voulu, non pas faire un partage, mais se servir des formes de cet acte pour avantager d'une façon excessive un ou plusieurs de ses enfants.

Lors des travaux préparatoires, Treilhard a dit : la loi a eu en vue un père donnant « à son fils un quart hors partage et un quart par le partage » ; il ajoute « l'intention de la section a été de prévenir cet abus en n'accordant pas cumulativement au père le droit de disposer au profit de ses enfants et celui de les partager ». Cette déclaration est nette et catégorique. Berlier ne l'est pas moins : « La loi, observe-t-il, serait journellement éludée, si le père de famille après avoir directement donné le quart de son bien par préciput à l'un de ses enfants, pouvait encore, indirectement, l'avantager par un partage qui ne serait attaquable que dans le cas d'une lésion de plus du quart. »

Si l'enfant bénéficiaire du préciput a reçu seulement sa part dans le partage, mais a été l'objet par préciput d'une libéralité excédant la quotité disponible, il pourra être poursuivi en vertu de l'action en réduction de l'article 920, mais par elle seule (1).

Si maintenant la libéralité préciputaire et l'avantage

(1) L'action en réduction de l'article 1079 s'appliquerait aussi si l'enfant avantagé par un lot plus fort et un avantage excédant la quotité disponible était un enfant naturel. Les règles du partage d'ascendant s'appliquent en effet à ce dernier.

résultant de l'attribution excédent, tous deux, la quotité disponible, les autres enfants auront l'action en réduction de l'article 920 contre la première et celle de l'article 1079 contre la seconde; la première de ces deux actions fera rentrer, dans le patrimoine de l'ascendant, l'excédent de la libéralité précipitaire sur la quotité disponible, la seconde fera attribuer à l'enfant lésé l'excédent de l'attribution sur cette quotité disponible.

M. Bonnet n'admet pas le cumul d'action. Si la libéralité précipitaire, excédant la quotité disponible, a été faite par donation, il applique l'article 920; si la libéralité précipitaire a été faite dans l'acte de partage il applique l'article 1079; pour lui l'enfant est uniquement un copartagé, et il est un copartagé comme héritier et comme donataire.

L'article 1079, second alinéa, s'appliquerait-il au cas où l'avantage excessif est fait au profit d'un étranger donataire ou légataire de la quotité disponible? Non, car cet article vise uniquement le cas où un des enfants cumule une libéralité précipitaire et un avantage résultant de l'attribution, par conséquent, l'enfant lésé pourra agir seulement dans le cas où la lésion sera supérieure au quart (1), sauf bien entendu le cas où le partage d'ascendant aura été employé pour déguiser une libéralité excessive, mais alors il faudra prouver ce déguisement.

Comment calculera-t-on la réduction?

(1) En sens contraire : de Masfrand, n° 46, I.

Pour savoir s'il y a lieu à réduction, il faut appliquer l'article 922 : réunir fictivement les biens donnés aux biens existant (1) et calculer la quotité disponible. A quel moment faut-il se placer pour estimer la valeur des biens ?

Il faut les estimer d'après leur état au jour du partage et leur valeur au jour du décès de l'ascendant donateur (art. 922). Si le partage a été fait conjointement par les père et mère la solution est toujours la même, nous ne saurions distinguer entre le partage divisible et le partage indivisible pour faire, dans le premier cas, l'estimation d'après la valeur au décès de chacun des ascendants donateurs et dans le deuxième cas uniquement d'après la valeur au décès du dernier mourant.

Mais si le partage est l'œuvre du survivant des père et mère et comprend les biens du survivant et ceux de son conjoint prédécédé, il y aurait lieu alors de distinguer entre l'hypothèse de la divisibilité et celle de l'indivisibilité. Dans la première de ces deux hypothèses il faut estimer, les biens provenant du prédécédé, à l'époque de son décès. Dans la seconde hypothèse, l'estimation a lieu uniquement au décès du survivant, c'est une conséquence de l'acquiescement donné par les enfants (tous majeurs d'ailleurs) au partage opéré par ce dernier (2).

(1) Ce rapport est un rapport fictif et les créanciers ne peuvent s'en prévaloir pour poursuivre les biens qui en sont l'objet, ils ne sauraient donc les comprendre dans le privilège de séparation des patrimoines. Rouen, 17 mars 1897, S. 98.251.

(2) Voir ci-après, p. 244 et s.

Avant de se prononcer sur l'admission de l'action en réduction, les juges devront ordonner l'estimation des biens partagés et les frais de cette estimation seront payés par le demandeur.

L'enfant ayant à se plaindre d'une atteinte portée à sa réserve pourra ne pas recevoir le complément entier de ce qui lui manque, car le défendeur doit donner l'excédent de la quotité disponible et pas autre chose ; ainsi, par exemple, un ascendant a 80.000 francs et 3 enfants, la quotité disponible est de 20.000 francs, il donne 23.000 francs, plus la quotité disponible à l'aîné, 21.000 fr. au deuxième, et 16.000 francs au troisième ; ce dernier attaque le partage et demande la réduction du lot de l'aîné, celui-ci sera réduit de 3.000 francs et ces 3.000 fr. seront donnés au demandeur auquel il manquera ainsi une somme de 1.000 francs.

D'un autre côté, le défendeur ne peut en aucun cas être obligé d'offrir au demandeur un supplément supérieur à l'atteinte portée à sa réserve, ainsi en reprenant l'hypothèse précédente, l'aîné a 24.000 francs, le deuxième 19.000 francs et le troisième 17.000 francs. Le troisième intente seul l'action en réduction contre l'aîné, celui-ci devra fournir au demandeur une somme de 3.000 francs, mais pas davantage ; l'action en réduction est donnée pour obtenir la réparation d'une atteinte portée à la réserve, elle ne peut donc être une cause de gain. M. Duranton adopte une solution différente, mais c'est parce

qu'il considère l'action en réduction comme une action en rescision (1).

L'action en réduction ayant pour but d'obtenir le complément de la réserve ne fait pas tomber le partage, par conséquent elle n'a pas besoin d'être intentée contre tous les copartagés mais seulement contre celui ayant bénéficié d'avantages excédant la quotité disponible, les autres copartagés n'auront pas besoin d'être mis en cause. Si l'on considère l'action accordée par le second alinéa de l'article 1079 comme une action en rescision on doit donner la solution contraire.

Une autre conséquence, réprouvée également par les partisans de la rescision, c'est que la ratification du partage par l'enfant lésé dans sa réserve n'emporte pas nécessairement renonciation à l'action en réduction. Il n'en saurait être autrement car l'action en réduction ne fait pas tomber le partage.

La demande en réduction fait courir les fruits du jour de la mort de l'ascendant si l'action est intentée dans l'année du décès, et du jour de la demande si cette dernière est formée seulement postérieurement à cette époque (art. 928).

(1) En supposant un don de 8.000 francs fait par le partage sans stipulation de préciput à l'enfant, l'ascendant lui donne ensuite 9.000 francs et à son frère 7.000. La fortune est de 24.000 francs ; la somme partagée étant de 16.000, le frère à 1.000 francs de moins que sa part, pourra-t-il demander à l'autre de rapporter les 8.000 francs qu'il a reçu en don ou devra-t-il se contenter de 1.000 francs. Duranton répond qu'il faut rapporter les 8.000 francs car ils n'ont pas été donnés par préciput, et pour prévenir l'annulation du partage il faut donner au demandeur ce qu'il aurait eu dans un nouveau partage.

Les biens atteints par la réduction reviendront libres de toute charge entre les mains de l'enfant lésé (art. 929). Si ces biens avaient été vendus, les aliénations tomberaient, mais ces biens ne pourraient être frappés de réduction qu'à défaut d'autres restés entre les mains de l'enfant (art. 930).

Cette action doit être portée devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession.

La clause pénale ayant pour but de valider une atteinte à la réserve, nous l'avons vu plus haut, serait nulle.

La réduction ne saurait être demandée pour la première fois en appel, elle constituerait une demande nouvelle (1).

Aux termes de l'article 1080 « l'enfant qui pour une des causes exprimées en l'article précédent (art. 1079) attaquera le partage fait par l'ascendant devra faire l'avance des frais de l'estimation et les supportera en définitive ainsi que les dépens de la contestation si la réclamation n'est pas fondée. »

D'après le projet cet article visait seulement les attaques pour cause de lésion et non pas l'action en réduction. Sur les observations du tribunalet on appliqua cet

(1) La Cour de cassation par un arrêt du 13 juillet 1869, S. 71.1.34 a approuvé cette doctrine : Quand on a demandé en première instance la nullité d'un partage pour incapacité de l'un des copartagés, la demande en réduction qui est formée en appel est une demande nouvelle et par conséquent irrecevable, l'action en nullité et l'action en réduction diffèrent dans leur cause, leur nature, leurs effets, l'une ne saurait donc être considérée comme la suite ou la justification de l'autre, chacune d'elles constitue une action principale ayant ses moyens et sa qualification propres.

article aux deux cas prévus par l'article 1079 (1). Les prescriptions de notre article ayant pour but d'éviter les attaques irréfléchies contre le partage d'ascendant il n'y a aucune raison d'appliquer cet article à l'action en rescision et de ne pas l'appliquer à l'action en réduction. « Cet article, a dit Bigot-Préameneu, est destiné à mettre un frein aux demandes indiscretes en rescision du partage (2). »

L'article 1080 assure donc le paiement des frais de l'estimation. Ces frais seront remboursés au demandeur s'il gagne son procès, car s'il est fait droit à la demande de l'enfant on ne peut lui reprocher d'avoir agi. En intentant l'action il n'a fait qu'user de son droit.

L'obligation d'avancer les frais d'estimation entraîne-t-elle celle d'en consigner le montant? On l'a soutenu, car, dit-on, en exigeant l'avance de ces frais la loi a laissé aux tribunaux le soin d'ordonner toutes les mesures propres à en assurer l'exécution (3).

Cette argumentation n'est pas exacte, les tribunaux peuvent assujettir les demandeurs aux obligations édictées par la loi, mais non pas à d'autres. La loi d'ailleurs quand elle veut imposer la consignation a soin de le dire (exemple l'article 167 C. pr. civ.). La consignation expose en effet le demandeur à des difficultés et à des lenteurs par suite desquelles il pourrait se voir poursuivre par les experts.

(1) Discussion du Conseil d'État et du Tribunat sur le Code civil, t. 2, p. 444.

(2) Loqué, XI, p. 268, n° 32.

(3) Lyon, 18 avril 1860, S. 60.2.406.

Le tribunal ne pourrait pas davantage obliger le demandeur à déposer au greffe le montant des frais présumés de l'estimation. On objecte, il est vrai, à cette solution que si l'article 1080 n'accordait pas au tribunal cette faculté, sa disposition se résoudrait uniquement dans la mise à la charge du demandeur, des frais de l'estimation et serait complètement inutile, car cette solution résulte du droit commun ; c'est à celui qui demande une expertise d'en acquitter les frais ? Cette objection n'est pas exacte (1), car l'article 1080 empêche les juges d'appliquer l'article 131 du Code de procédure civile qui aurait dû l'être en son absence. Aux termes de cet article, dans les contestations entre proches parents, il est loisible au tribunal de compenser les frais entre les demandeurs et défendeurs au lieu de les mettre à la charge exclusive du perdant. Il faudra donc revenir à l'application rigoureuse de l'article 130 du même Code et faire supporter les dépens aux perdants seuls. Toutefois dans le cas où la demande réussirait et aboutirait à la prononciation de la rescision du partage ou de la réduction, l'article 1080 n'empêcherait pas l'article 131 du Code de procédure civile de s'appliquer et le tribunal pourrait mettre les dépens à la charge de tous les enfants.

L'article 1080 étant une exception au droit commun et les exceptions étant de droit étroit, on ne saurait l'étendre au delà des cas expressément visés, et par con-

(1) Bordeaux, 10 juillet 1893, S. 94.2.282.

séquent cet article ne serait pas applicable à l'action en nullité intentée en vertu de l'article 1078. L'omission d'ailleurs est un fait palpable, ce n'est pas un fait susceptible d'exagération, on peut le constater matériellement. En vertu de l'interprétation restrictive il ne faudrait pas non plus appliquer cet article à l'action intentée en vertu des articles 826 et 832 contre un partage contenant des inégalités en nature.

En résumé l'article 1079 accorde deux actions absolument distinctes.

La première est donnée lorsqu'un des copartagés a reçu un allotissement inférieur de plus d'un quart à la part devant lui revenir dans les biens partagés.

La seconde est donnée lorsqu'un des enfants a reçu, par suite d'un don précipitaire, et d'un allotissement supérieur à sa juste part, un avantage excédant la quotité disponible.

Nous allons rapidement envisager les hypothèses dans lesquelles ces actions peuvent s'ouvrir.

1° Et tout d'abord l'ascendant n'a fait de libéralité précipitaire ni avant le partage, ni dans l'acte même du partage, ni après le partage.

Dans cette hypothèse l'enfant lésé de plus du quart aura l'action en rescision, mais il n'aura jamais que celle-là il ne pourra pas agir en réduction ; il est évident que si la lésion est inférieure au quart il n'aura aucune action.

2° L'ascendant a disposé de toute sa quotité disponible au profit d'un enfant.

Dans cette hypothèse nous devons faire plusieurs sous-distinctions.

a) L'ascendant après avoir donné sa quotité disponible à un de ses enfants lui fait en outre un avantage dans son lot, mais un avantage n'entraînant pour aucun des copartagés une lésion de plus du quart ; on pourra alors agir contre cet enfant par l'action en réduction de l'article 1079-2°.

b) L'ascendant a attribué au précipitaire une part entraînant pour un des copartagés une lésion de plus du quart, ce copartagé aura à sa disposition l'action en rescision pour lésion ou l'action en réduction de l'article 1079-2°.

c) La disposition précipitaire excède la quotité disponible, alors le bénéficiaire du préciput pourra être poursuivi par l'action en réduction de l'article 920 et si de plus il résulte à son profit du partage une attribution supérieure à sa juste part il pourra en outre être poursuivi par l'action en réduction de l'article 1079-2°, ou même si cette dernière attribution engendre une lésion de plus du quart au détriment d'un des copartagés, par l'action en rescision.

3° L'ascendant a fait au profit de l'enfant un avantage précipitaire de partie de la quotité disponible.

De deux choses l'une, ou bien l'enfant bénéficiaire d'une partie de la quotité disponible a un avantage supérieur à cette quotité, alors les enfants pourront agir par l'action en réduction ; ou par l'action en rescision

si la lésion ressentie par un des enfants est supérieure au quart.

Ou aucun des enfants copartagés ne bénéficie d'avantages supérieurs à la quotité disponible, alors les autres ne pourront agir que par l'action en rescision et par conséquent pour une lésion de plus du quart.

§ 4. — Inégalité des attributions en nature.

Aux termes de l'article 826 « chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession ». Et aux termes de l'article 832 on doit, dans la formation des lots, « éviter autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations ; et il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur ». Les règles posées au Chapitre VII du titre des successions s'appliquent-elles au partage d'ascendant ?

Notre ancien droit admettait l'affirmative et par conséquent annulait le partage établi sans tenir compte de l'égalité en nature ; mais notre législateur ne s'est pas prononcé expressément à ce sujet, faut-il en conclure l'inapplication de ces principes aux partages d'ascendants ? On l'a soutenu, par conséquent l'ascendant pourrait par son partage entre vifs ou testamentaire composer les lots à son gré, donner les meubles à quelques-uns de ses enfants et les immeubles aux autres. On fonde cette solution sur les travaux préparatoires.

Le législateur a, en effet, voulu confier au père de famille une sorte de magistrature domestique et « la loi présume toujours bien, a dit Joubert, du jugement du père de famille », ce serait là donner toute latitude à l'ascendant pour opérer son partage et s'en rapporter pleinement à sa disposition. Le tribun apporte ensuite deux exceptions : celle où il y a une lésion de plus du quart et celle où il résulte, du cumul d'une libéralité préciputaire et d'une attribution excédant la juste part, un avantage plus grand que la loi ne le permet, « voilà tout ce que la loi a cru devoir établir de spécial pour les dispositions entre enfants et descendants au moins hors contrat de mariage ». De ces paroles de Joubert on conclut, qu'il y a deux voies d'attaque seulement contre le partage d'ascendant et non pas trois.

D'ailleurs le législateur a cru devoir appliquer, expressément, aux partages d'ascendants, l'action en rescision pour lésion de plus du quart, par conséquent, il ne faudrait pas ici appliquer des causes de nullité de droit commun sous prétexte que le droit commun s'applique en tout ce qui n'y est pas dérogé ; s'il en était ainsi, la loi n'aurait pas visé l'action en rescision pour cause de lésion, l'article 887 consacrant cette action pour tous les partages ; d'ailleurs Bigot-Préameneu n'a-t-il pas levé tous les doutes s'il en était possible. « A qui, dit-il, pourrait-on confier avec plus d'assurance la répartition des biens entre les enfants qu'à des père et mère, qui mieux que tous les autres en connaissent la valeur, les avanta-

ges, les inconvénients ? Il (le père) pourra ainsi éviter des démembrements, conserver à l'un de ses enfants l'habitation qui pourra servir d'asile commun, réparer les inégalités naturelles et accidentelles, en un mot, c'est dans le partage qu'il pourra le mieux combiner, en même temps réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants. »

La règle de l'égalité en nature se conçoit d'ailleurs très bien dans les partages ordinaires, car quelques-uns des enfants pourraient se trouver lésés par d'autres plus habiles ou moins scrupuleux, lorsque l'ascendant procède lui-même à la distribution du patrimoine il ne saurait en être ainsi, l'ascendant observera une stricte impartialité.

La règle de l'égalité est, en outre, une nécessité fâcheuse. Elle pouvait avoir sa raison d'être lors de la promulgation du Code civil, mais aujourd'hui elle est complètement surannée, les valeurs mobilières ne sont pas moins bonnes que les immeubles, et un enfant peut avoir beaucoup plus besoin de meubles que d'immeubles.

Supposons, par exemple, un ascendant ayant une fortune de 100.000 francs composée d'un domaine de 50.000 francs et 50.000 francs en capitaux. L'aîné est resté dans la maison paternelle et cultive le domaine, l'autre est commerçant (1). Si l'ascendant est tenu d'ob-

(1) La Cour de Toulouse, le 31 décembre 1883, S. 84.2.113, a jugé que le fait par l'attribution en argent d'être plus profitable à un des copartagés que l'allotissement immobilier et la reconnaissance par l'enfant dans l'acte que le partage est conforme à ses intérêts, ne sauraient empêcher l'application des articles 826 et 832.

server l'égalité en nature, il lui faudra donner à chacun de ses deux enfants la moitié du domaine et la moitié des capitaux, et cependant l'intérêt absolument évident des enfants, est l'attribution du domaine à l'aîné et de tous les capitaux à l'autre.

« La division égale des biens, a d'ailleurs fait remarquer Bigot-Préameneu, détruit les petites fortunes, un héritage coupé en parcelles n'existe pour personne. Si l'héritage demeure entier, il reste un centre commun à la famille (1). »

Le premier Consul a émis la même idée. « Le législateur, dit-il, dans la discussion de la loi du 4 germinal an VIII, en disposant sur cette matière (partage d'ascendant) doit avoir essentiellement en vue les fortunes modiques. La trop grande subdivision de celles-ci met nécessairement un terme à leur existence, surtout quand elle entraîne l'aliénation de la maison paternelle qui en est pour ainsi dire le point central. »

D'ailleurs, l'article 1076 renvoie aux formalités des donations et testaments et ne renvoie pas aux règles des partages.

On conclut donc à l'inapplication des articles 826 et 832 aux partages d'ascendants.

Une deuxième opinion distingue entre les partages par donation entre vifs et les partages par testament. Elle n'applique pas aux premiers les règles des articles

(1) Locré, *op. cit.*, t. XI, p. 156 et 159.

826 et 832, mais elle les applique aux seconds. Elle déclare les articles inapplicables aux partages par donation entre vifs, car les enfants en acceptant le partage se sont obligés à l'exécuter tel qu'il est, le partage testamentaire étant, au contraire, une disposition imposée par l'ascendant, doit respecter les règles posées par les articles 826 et 832, car les enfants n'ont pas renoncé à leur application. On ne saurait objecter qu'il y a là un pacte sur succession future, car l'article 1075 l'autorise implicitement, tout comme les articles 761 et 918. Les enfants d'ailleurs, par le fait du partage, deviennent propriétaires, donc ce n'est pas une succession future qu'ils partagent, mais une propriété née et actuelle, irrévocable et définitive, objecte-t-on que l'enfant craindra de mécontenter son père et d'être privé de la quotité disponible, mais s'il en est ainsi, on va rendre impossible tout contrat entre le père et ses enfants, l'article 1114 montre de plus l'inanité de cette objection car il ne reconnaît pas la crainte révérentielle comme une cause de rescision. La seule question importante est de savoir si les enfants ont reçu la part devant leur revenir. En leur accordant la faculté d'agir pour inégalité d'attributions en nature, on leur donne le moyen de faire rescinder le partage pour une lésion inférieure au quart en prétextant une inégalité en nature; l'application des articles 826 et 832 servira donc à voiler une fraude à la loi (1).

(1) MM. Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 bis, XVII sur l'article 1076.

Si nous envisageons maintenant un partage testamentaire nous sommes en présence de la volonté seule de l'ascendant, on ne peut plus objecter l'acceptation des descendants, alors les principes du partage reprennent leur application et les articles 826 et 832 s'imposent.

Ces deux opinions ne nous paraissent pas exactes (1). Nous ne saurions d'abord distinguer, au point de vue de l'application de l'égalité en nature, entre le partage par donation entre vifs et le partage par acte testamentaire. On invoque, il est vrai, en cas de partage par donation entre vifs le consentement donné par les enfants, mais ce consentement n'est pas libre, sans doute la seule crainte révérentielle ne suffit pas pour faire naître une action en nullité (art. 1114) mais il faut aussi appliquer l'article 1112 et par conséquent, le consentement ne peut être déclaré libre puisque l'enfant s'il ne le donne pas est menacé de se voir privé de sa part dans la quotité disponible, ce n'est plus là en effet de la crainte révérentielle. De plus la renonciation à se prévaloir des articles 826 et 832 est un pacte sur succession future. L'article 1075 a levé la prohibition (2) de l'article 791, mais uniquement pour permettre aux descendants d'accepter le partage de l'ascendant et par cela même, de renoncer au droit d'en provoquer un au décès de ce der-

(1) La Cour de Toulouse, le 31 décembre 1883, S. 84. 2. 113 a jugé en ce sens que l'égalité en nature s'applique aux partages d'ascendants.

(2) Toulouse, 31 décembre 1883, *Journal des not.*, art. 23245.

nier, mais rien de plus. L'égalité en nature est une des règles des successions, comme l'égalité en quotité ; or il est évident qu'on ne peut renoncer ni à l'une ni à l'autre avant le décès de l'ascendant, sous peine de faire un pacte sur succession future, pour pouvoir renoncer au droit d'attaquer un partage il faut avoir la faculté de l'attaquer, or on ne le peut pas du vivant de l'ascendant, on reconnaît d'ailleurs le bien-fondé de cette observation en ce qui concerne l'action en rescision pour lésion, pourquoi décider différemment pour l'inégalité en nature ? nous croyons au contraire que les articles 826 et 852 s'appliquent aux partages d'ascendants. Ce sont en effet des règles des partages, par conséquent on doit les observer. Rien ne servirait d'objecter : l'article 1075 renvoie à l'application des règles des donations et testaments et pas à celles des partages. Si la loi n'y renvoie pas c'est parce que c'est inutile, en effet, la loi appelle l'acte fait par l'ascendant un partage, il est absolument évident dès lors qu'il faut lui appliquer les règles des partages et non pas celles des ventes ou autres contrats. Le père nous objecte-t-on est investi d'une magistrature domestique et « on présume toujours bien de son jugement », mais ce n'est pas un argument, les magistrats sont faits pour observer la loi et non pas pour la modifier, s'ils la modifient, leurs décisions peuvent être cassés, il en est de même de celles du père de famille. Le tribun Joubert a dit que la loi reconnaissait deux voies d'attaque contre les partages d'ascendants, les deux actions de l'arti-

cle 1079, on en conclut qu'il n'y en a pas davantage, et que de plus cet article, reproduisant l'action en rescision accordée, pour les partages ordinaires, par l'article 887, ne nous permet pas d'appliquer au partage d'ascendant les autres voies d'attaque du droit commun. En décider autrement, ajoute-t-on, c'est rendre inutile le premier alinéa de l'article 1079. Ce raisonnement est inexact, on a dit dans les travaux préparatoires que le partage pouvait être attaqué par les deux actions de l'article 1079, mais on renvoie également à l'application du droit commun (1). D'ailleurs l'article 1079 n'empêche pas de s'y reporter, en effet, si le législateur a consacré dans le premier alinéa de cet article l'action en rescision donnée par l'article 887 c'est que des doutes pouvaient naître au sujet de cette application. Par le partage, l'ascendant distribue ses biens, mais dans ses biens se trouve comprise la réserve, or il n'a pas le droit de priver les enfants de leur réserve, par conséquent si l'article 1079, premier alinéa, n'avait pas existé, on aurait dû permettre d'attaquer tout partage d'ascendant pour une atteinte même minime portée à la réserve.

Les ascendants sont certainement très bien placés pour savoir ce qui convient à leurs enfants et ils peuvent, parfaitement, distribuer leurs biens en tenant compte de

(1) Joubert d'ailleurs avant de dire « on ne peut prévoir que deux cas, etc. » avait dit « si une erreur était échappée à l'ascendant ou si une injustice, lui avait été arrachée, le partage pourrait être attaqué pour cause de lésion », ainsi les deux voies d'attaque se rapportent à la lésion et Joubert entendait ainsi l'action en rescision et l'action en réduction, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas d'autres actions.

l'intérêt des enfants, réparer des inégalités accidentelles ou naturelles en donnant des immeubles plus faciles à administrer, d'un revenu plus fort à celui qui est le moins apte à augmenter sa fortune, mais il faut respecter l'égalité en nature, car son inapplication aurait des conséquences encore plus funestes dans un partage d'ascendant que dans un partage ordinaire. Si les enfants sont parfois peu scrupuleux, les ascendants sont parfois peu consciencieux (1). D'ailleurs il est un fait notable, c'est que malgré les efforts faits pour écarter l'application de ces articles, en ce qui concerne les partages d'ascendants, jamais les Chambres n'ont voulu les abroger (2). Quant aux paroles du premier Consul, elles reçoivent leur application dans notre opinion aussi bien que dans l'opinion adverse, l'article 832 dit d'ailleurs lui-même qu'on doit éviter le morcellement, ce n'est pas une objection.

L'enfant alloti en créances, dit-on, a peut-être fait fructifier ses fonds, il aura la plus-value entière pour lui. L'enfant alloti en immeubles n'obtiendra probable-

(1) Il n'y a donc aucune raison de ne pas leur appliquer le droit commun, d'ailleurs si on l'écarte ici, il n'y a plus de raison pour ne pas l'écartier aussi en ce qui touche le dol ou la violence.

(2) Une enquête sur les besoins de l'agriculture fut ordonnée par un décret du 28 mars 1866. Il résulte de cette enquête, entre autre chose, la demande d'inapplication aux partages d'ascendants des articles 826 et 832. La commission chargée d'examiner les résultats de cette enquête avait émis, à ce sujet, un avis favorable. La guerre de 1870 vint interrompre ses travaux. En 1871 MM. Mortimer-Ternaux, Lucien Brun et Baragnon, députés à l'Assemblée nationale déposèrent le projet de la commission de l'enquête agricole, à la séance du 17 juin 1871 : mais ce projet ne fut pas adopté, il fut accusé de rétablir d'une façon indirecte le droit d'aînesse ou tout au moins de créer une sorte de majorat agricole, *Journal officiel*, séance du 21 juin 1871.

ment pas toute la plus-value apportée aux immeubles mis dans son lot, par conséquent en faisant opérer un autre partage on commet une injustice. Qu'il puisse y avoir là une injustice, c'est possible, mais on peut toujours former des hypothèses où il y a des injustices (1), l'ascendant en fera de bien plus fortes si on n'impose pas le respect des articles 826 et 832 (2). D'ailleurs, si parmi les choses partagées, il y a des biens impartageables en nature, on pourra mettre ces biens dans le lot d'un des enfants, à charge par lui de payer une soulte à ses cohéritiers (3), seulement il faudra prouver l'im-

(1) On peut d'ailleurs très bien répondre à cette supposition que l'hypothèse suivante peut aussi se présenter : l'ascendant a donné des immeubles à l'un de ses enfants et des valeurs mobilières à l'autre ; quelques années après l'enfant alloti en immeubles possède encore ces immeubles et ils ont à peu près la même valeur ; l'enfant alloti en meubles, au contraire, a vu considérablement diminuer sa part par suite d'une forte baisse des valeurs ou d'un amoindrissement du gage hypothécaire garantissant les créances mises dans son lot.

(2) Toutefois ces articles ne sont pas impératifs, ils n'indiquent pas une obligation d'ordre public par conséquent, l'ascendant, en ne portant pas atteinte à la réserve pourrait au moyen d'une clause pénale, obliger les copartagés à respecter l'inégalité en nature. — Cass., 26 juin 1882, S. 85. 1.118.

(3) La Cour de Lyon a jugé, le 27 mars 1893, D. 94.2.60, que si les partages d'ascendants sont soumis aux règles des partages ordinaires, notamment à la règle établie pour la composition des lots, l'application de cette règle est subordonnée à la condition que les immeubles seront partageables non pas seulement par portions égales, mais encore suivant le lotissement qui doit être établi en proportion des droits de chaque héritier.

En l'absence de cette condition, l'ascendant doit être dispensé de l'observation stricte de la loi et il peut attribuer à l'un de ses enfants la totalité de ses immeubles en lotissant les autres en argent.

La Cour de cassation reconnaît que ces articles gouvernent tous les partages, même les partages d'ascendants ; mais elle admet que la simple dépréciation qui résulterait de la division des biens suffit pour autoriser un autre mode de lotissement (Civ. rej., 9 juin 1857, D. P. 57.1.294).

partageabilité, elle ne se suppose pas, et il ne suffirait pas d'une déclaration de l'ascendant affirmant son existence.

La Cour de cassation n'exige pas nécessairement l'impartageabilité absolue de l'immeuble, elle écarte l'application des articles 826 et 832 même dans le cas où le partage pourrait s'opérer, si cette façon de procéder engendrait un morcellement excessif frappant les immeubles d'une dépréciation considérable (1).

Cette opinion se fonde sur les articles 827 et 832, le premier même exigeant l'égalité en nature « si cela est possible », donc si ce n'est pas possible on ne peut être obligé de la fournir, le second permet, « si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément », de procéder à la vente devant le tribunal pour en partager le prix.

On a soutenu que l'article 827 devait s'appliquer ici littéralement, et par conséquent l'ascendant ne pourrait donner l'immeuble à l'un de ses enfants à charge de payer aux autres une soulte. L'autoriser à mettre ainsi un immeuble dans le lot d'un enfant à la charge de payer aux autres une soulte, ce serait lui permettre de prononcer lui-même l'adjudication et de violer à sa guise les articles 826 et 832. On ne peut dépouiller les héritiers de la sauvegarde existant pour eux dans la licitation, où les enchères sont publiques. D'ailleurs, si l'on force un des

(1) Cass., 9 juin 1857, précité.

enfants à payer une soulte à ses cohéritiers, on ne sait pas s'il a de l'argent et si cette soulte ne va pas lui être très pénible (1).

Nous croyons cette théorie inexacte. Les travaux préparatoires considèrent l'ascendant comme investi d'une sorte de magistrature familiale, ce sont les paroles de Jaubert, par conséquent il pourra faire ce qu'un juge peut faire, il pourra prononcer lui-même l'adjudication au profit d'un de ses enfants, à la charge de payer aux autres une soulte, on objecte que l'ascendant enlève aux enfants la garantie des enchères publiques, c'est oublier que les travaux préparatoires ont considéré l'ascendant comme étant le plus compétent pour indiquer la valeur de ses biens. D'ailleurs, on oublie précisément que le partage d'ascendant a été fait pour empêcher les biens de sortir du patrimoine du défunt et éviter les disputes pouvant naître entre les héritiers, disputes entraînant souvent un partage judiciaire. En donnant à l'ascendant le pouvoir de partager ses biens on lui a, par le fait, donné celui de prononcer l'attribution d'un bien impartageable à un enfant, moyennant une soulte. Comment d'ailleurs concilier, avec l'opinion exigeant une adjudication publique, l'intention manifestée dans les travaux préparatoires de conserver la maison de la famille? Il est d'ailleurs absolument inexact de prétendre que permettre à l'ascendant d'opérer lui-même l'adjudication,

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. IV, 243 bis, XIX.

c'est lui permettre de violer à sa volonté les articles 826 et 832, en effet, il ne suffit pas de la déclaration de l'ascendant pour établir cette impartageabilité, il faut encore la prouver. De plus, le législateur a permis à l'ascendant de partager ses biens, or les partager ce n'est pas les aliéner pour en distribuer le prix.

Ces raisons qui font accorder à l'ascendant la faculté de déroger aux articles 826 et 832 pour les immeubles, doivent lui faire reconnaître aussi cette faculté quand il s'agit de meubles (1).

Quand un immeuble n'est-il pas commodément partageable en nature ? Ceci, c'est une question de fait à examiner par les tribunaux. Un immeuble est impartageable lorsqu'il est indivisible, comme une usine, il est encore impartageable lorsqu'il est peu important et par conséquent se réduirait à des parcelles infimes par suite du partage (2).

Un ascendant a trois enfants, il a doté ses filles en argent, il est impossible d'attribuer à ces filles des immeubles représentant leurs droits, puisqu'aux termes de la loi, elles ne peuvent être obligées à faire le rapport en nature de l'argent reçu mais doivent le faire en moins prenant. L'ascendant pourra donc ne leur donner d'immeuble que pour le complément de leur lot, sans cela cet ascendant se trouverait dans l'impossibilité de faire un partage, placé qu'il serait entre la nullité tirée de la vio-

(1) Cass., 25 février 1878, *Journal. des not.* art. 21844.

(2) Limoges, 3 décembre 1868, S. 68.2.347.

lation des articles 826 et 832 d'une part, et la nullité tirée de la violation des règles sur le rapport d'autre part (1).

Un ascendant ayant prêté à un de ses enfants une somme d'argent, veut faire son partage, il pourra donner le montant de ce prêt à cet enfant pour le remplir de sa part, à due concurrence, et la compléter par des valeurs incessibles et insaisissables, donnant tous les immeubles à son autre enfant à charge de payer les dettes de son cohéritier. S'il en était autrement, les créanciers auraient immédiatement fait saisir les immeubles compris dans son lot (2).

Un notaire, ayant remarqué que, dans les cas où la jurisprudence et les auteurs annulaient un partage d'ascendant pour violation des articles 826 et 832, il s'agissait toujours d'un partage contenant composition et attribution des lots par l'ascendant lui-même, s'est demandé s'il y aurait encore nullité dans le cas où, l'ascendant ayant fait uniquement une démission de biens, les enfants partageraient eux-mêmes les biens abandonnés.

La jurisprudence ne s'était pas encore prononcée sur la légalité ou l'illégalité de ce moyen de procéder (3). Ce

(1) Agen, 10 mai 1838.

(2) Cass., 8 mars 1875, S. 75.1.301.

(3) La jurisprudence a été appelée à se prononcer assez tard sur cette question, car avant la loi du 17 mai 1850 les soultes dues par les copartageants les uns aux autres n'étaient frappées d'aucun droit d'enregistrement lorsqu'elles étaient fixées et imposées par l'ascendant lui-même, c'est-à-dire, quand elles étaient contenues dans le partage fait par l'ascendant. Si au contraire elles étaient résultées d'un partage fait par les enfants absolument en dehors de l'ascendant, alors elles auraient été frappées du droit

notaire déclarait le partage fait de cette façon inattaquable, car il avait lieu entre enfants majeurs et maîtres de leurs droits, de plus l'ascendant n'intervenant pas au partage, on ne pouvait donc arguer de pression, de sa part, sur leur volonté. En outre, les biens avaient été abandonnés, les enfants en étaient propriétaires, il n'y avait donc pas de pacte sur succession future. Nous avons vu plus haut que les partages ainsi faits, sont des partages ordinaires mais non pas des partages d'ascendants ; et la jurisprudence lorsqu'elle fut appelée à se prononcer, se prononça en ce sens.

L'ascendant qui voudrait donner son exploitation à un de ses enfants aurait un moyen bien simple d'y arriver, ce serait de recourir à la vente avec réserve d'usufruit ou rente viagère, alors aux termes de l'article 918 la valeur s'imputerait sur la quotité disponible et, en cas d'excédent, serait rapportée à la succession. Il pourrait encore léguer ce bien à un de ses enfants à la condition d'en rapporter la valeur en argent, seulement ici, il faudrait que ce bien n'excédât pas la quotité disponible, sans cela il se heurterait aux articles 826 et 832 qui accordent aux enfants le droit d'exiger une quote-part pro-

des soultes résultant des partages ordinaires, et plus anciennement encore, la modération du droit d'enregistrement apporté par la loi en matière d'enregistrement n'était appliqué par la régie que dans le cas où le partage d'ascendant avait lieu par un seul et même acte, le droit des donations était réclaté quand on faisait une démission de biens, et il y avait perception du tarif pour le partage lorsque celui-ci intervenait, plus tard la jurisprudence fit bénéficier les démissions de biens de la réduction. Cass., 11 avril 1838.

portionnelle de meubles et d'immeubles et ne donne nullement au testateur la faculté de leur donner tout l'un ou tout l'autre, ou bien l'un et l'autre dans les proportions lui convenant le mieux.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 3 mai 1867, a déclaré valable le legs par préciput et hors part d'une ferme fait, à charge par le légataire de rapporter à la succession la valeur de cette ferme qui devait être fixée par expert et de payer ce qui excéderait sa part dans ledit immeuble à ses cohéritiers. Cette disposition testamentaire, a dit le tribunal, constitue bien un legs particulier et la nature du legs ne se trouve pas changée par suite de ce que, par le désir de ne causer aucun préjudice à ses autres enfants, le testateur a dû imposer audit legs une obligation ou condition qui rétablissait l'égalité des parts des deux autres héritiers; il a légué la propriété par préciput et hors part mais n'a pas entendu faire un partage par voie d'attribution.

On ne saurait proposer d'appliquer l'article 891 à l'action en nullité fondée sur l'inégalité en nature, cet article permet en effet d'arrêter une action en rescision par l'offre du supplément de la juste part, mais ici ce n'est pas le cas, il n'y a pas de lésion au point de vue de la quotité, ce dont le demandeur se plaint. C'est une inégale répartition des meubles et des immeubles. Il faut donc recommencer le partage, car il y a lieu de donner des meubles à la place d'immeubles, ou vice versa, et par suite, l'harmonie établie par l'ascendant serait dé-

truite. Les juges peuvent donc ordonner le maintien ou la nullité du partage, mais ne sauraient ordonner de fournir un supplément.

Quelles sont les personnes qui pourront se prévaloir de l'action en nullité tirée de l'inobservation des articles 826 et 832 ? Ce sera certainement l'enfant ayant à se plaindre de l'inégalité en nature ; ses créanciers auraient aussi également ce droit, car nous ne sommes pas là en face d'une action réservée à la personne, mais d'une action purement pécuniaire. Ils auraient également le droit, en vertu de l'article 1167, de faire tomber la renonciation de l'enfant au droit de se prévaloir de cette cause de nullité.

Cette action devrait être intentée contre tous les enfants, car elle a pour but de faire annuler le partage, et si elle n'était pas intentée contre tous, elle serait vis-à-vis des autres *res inter alios acta*, par conséquent, le partage ne serait pas nul à leur égard.

Quelles sont les conditions et la capacité requises pour l'action en nullité pour violation des règles posées dans les articles 826 et 832 ?

Cette action a pour but de faire annuler le partage mais non pas d'en demander un autre, par conséquent, les articles 817 et 818 ne seront pas applicables. La loi ne s'est pas expliquée sur la capacité requise pour exercer cette action, il faudra donc appliquer les règles du droit commun. Il en serait de même pour savoir qu'elle est la capacité requise pour y défendre.

Mais la capacité de droit commun ne suffit pas il faut être héritier, car si l'enfant demandeur n'est pas héritier, il ne saurait exiger l'égalité en nature, la qualité seule d'héritier donnant ce droit. Les enfants n'auront d'ailleurs pas besoin de prouver une lésion, il suffira d'établir l'inégalité.

Le tribunal compétent est celui du lieu de l'ouverture de la succession (art. 822).

La demande en nullité pour violation des articles 826 et 832 ne saurait être intentée pour la première fois en appel, elle constituerait une demande nouvelle (1).

Les juges ne sont pas obligés d'ordonner une expertise pour la constatation de l'impartageabilité, ils peuvent la constater d'après les documents qu'ils ont entre les mains, par exemple, au moyen du cadastre (2).

La Cour d'appel n'est pas tenue de renvoyer les parties devant le tribunal de l'ouverture de la succession, elle peut, conformément à la règle générale, retenir la connaissance de l'exécution ou renvoyer l'affaire à un autre tribunal, ce n'est point là un cas dans lequel la loi attribuant juridiction, il y a nécessité de revenir devant le tribunal spécialement désigné.

Aux termes de l'article 472 du Code de procédure, si un jugement est infirmé, l'exécution entre les mêmes parties appartient à la Cour impériale qui aura prononcé ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt,

(1) Cass., 15 mai 1850, S. 50.1.588.

(2) Agen, 1^{er} juin 1864, S. 64.2.130.

ce droit est général et absolu et ne comporte d'exception que dans les cas spécialement prévus par une disposition de loi. Les articles 822 du Code civil et 59 du Code de procédure ne font point exception à un droit absolu en indiquant le tribunal de l'ouverture de la succession, ils ont pour but de déterminer d'une manière générale le tribunal devant lequel il y a lieu de procéder en première instance, mais ils n'excluent pas l'application de la règle fondamentale établie par l'article 472 en cas d'infirmité de jugements (1).

A quel moment faut-il se placer pour savoir si la règle de l'égalité en nature a été respectée? Au moment du contrat ou au décès de l'ascendant donateur?

Le plus souvent les biens donnés auront la même nature à ces deux époques, toutefois il n'est pas impossible qu'un changement se soit opéré. A notre avis, il ne faudra tenir aucun compte de ce changement et se placer au moment de l'acte (2).

SECTION II. — Époque de l'ouverture et durée des actions en rescision, nullité et réduction.

§ 1. — Partage par testament.

Lorsque le partage a été fait par testament, ces actions s'ouvrent au décès de l'ascendant. Il ne pourrait en être autrement, car pour avoir une action il faut avoir

(1) Cass., 11 août 1856, S. 56.1.783.

(2) Voir ci-dessus, p. 186 et s.

un droit, or un testament n'en confère aucun avant le décès de son auteur puisqu'il est jusqu'à cette époque un simple projet dénué d'existence juridique.

Si le testament est découvert un certain temps après le décès, les héritiers partagés peuvent l'attaquer du jour où ils en ont connaissance ; mais à partir de quel moment court la prescription ? du jour du décès ou du jour de la découverte du testament ? On a répondu du jour de la découverte du testament, car admettre le décès comme point de départ, c'est faire courir la prescription contre quelque chose qui n'existe pas, c'est de plus contraire à la règle : *contra non valentem agere, non currit prescriptio*. Nous ne saurions partager cette opinion, car la règle *contra non valentem agere, non currit prescriptio* était un axiome reçu dans notre ancien droit, mais sur lequel notre Code garde le silence, et même il le contredit, car l'article 2251 dispose formellement « la prescription court contre toutes personnes à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi », aucune loi ne prévoit notre hypothèse, par conséquent le point de départ de la prescription est certainement le décès (1).

Quelle est la durée de ces actions ? L'article 2262 pose en principe pour toutes les actions la prescription de 30 ans. Pour l'action tirée de l'article 1078 l'application de ce texte n'est pas douteuse, c'est une véritable de-

(1) M. Lyon-Caen, *Partages d'ascendants*, p. 110.

mande en partage puisque le partage opéré par l'ascendant est considéré comme inexistant, par conséquent l'enfant omis et ses cohéritiers pourront demander le partage pendant trente ans ; ils le pourraient pendant un espace de temps plus long, si les biens faisant l'objet de la succession n'avaient pas cessé d'être indivis (art. 815). On a objecté, il est vrai, que par rapport aux cohéritiers de l'omis le partage, fait par l'ascendant, constitue une convention, par conséquent l'article 1304 devrait s'appliquer, mais ceci est une erreur, l'article 1304 s'applique aux actes annulables mais non pas aux actes radicalement nuls.

Quant aux deux actions exercées en vertu de l'article 1079, frappés des inconvénients que pouvait avoir la prescription de trente ans, on a voulu leur appliquer la prescription de 10 ans de l'article 1304. Le partage a lieu, en effet, pour éviter aux enfants d'en faire un à la mort de l'ascendant, par conséquent les règles du partage ordinaire doivent lui être appliquées ; or dans le partage ordinaire, l'action en rescision pour lésion de plus du quart se prescrit par dix ans, par conséquent il doit en être ainsi dans le partage d'ascendant (1).

Ce raisonnement est inexact, le partage ordinaire constitue une convention, or le partage par acte testamentaire ne constitue pas une convention mais un acte unilatéral, par conséquent l'article 1304 ne saurait lui être appliqué (2).

(1) Genty, *Partages d'ascendants*, p. 329.

(2) Cass., 22 janvier 1872, S. 73.1.424.

Les deux actions accordées par l'article 1079 et celle tirée de la violation des articles 826 et 832 se prescriront donc par trente ans.

§ 2. — **Partages par acte entre vifs.**

Art. 1. — Point de départ des actions.

L'action accordée par l'article 1078 à l'enfant omis s'ouvrira à la mort de l'ascendant et non pas avant, car cet article la donne uniquement aux enfants existant à l'époque du décès. Or on ne peut jamais être certain d'exister au décès d'un individu, sauf quand cet individu est mort ; de plus, pour avoir droit à l'action il faut être héritier, par conséquent ne pouvant accepter la succession du vivant de l'ascendant, l'enfant doit nécessairement attendre le décès de celui-ci pour agir.

En ce qui concerne les actions accordées par l'article 1079 et celle fondée sur la violation des articles 826 et 832, il y a controverse.

D'après un premier système, ces actions naissent du jour de la donation, le partage d'ascendant ayant pour but d'éviter la nécessité du partage ordinaire de succession, les règles de ce dernier doivent lui être appliquées, par conséquent on peut agir du jour de l'acte (1). Le législateur aurait pu en décider autrement, car il y a quelque chose de choquant dans la faculté accordée à l'enfant d'attaquer le partage du vivant de l'ascendant dona-

(1) Duranton, *op. cit.*, t. IX, n° 946. Cass., 4 février 1845, D. 45.1.49.

teur, mais il ne l'a pas fait. Cette objection d'ailleurs n'en est pas une, car en attaquant l'acte fait par l'ascendant on n'attaque pas sa volonté, on supprime une erreur qui lui a échappé, il a certainement voulu faire des lots égaux, s'ils ne le sont pas c'est qu'il s'est trompé.

Si d'ailleurs on n'admet pas la naissance des actions au jour de l'acte on aboutit à des prescriptions très longues et par le fait même, la libre circulation des biens en recevra une certaine entrave.

Nous avons vu plus haut que ce système n'est pas admissible.

Une autre opinion (1) distingue entre l'action en réduction et l'action en rescision. La première de ces actions implique, dit-on, la qualité d'héritier, car son but est d'obtenir le complément de la réserve, or on a droit à la réserve seulement en se portant héritier et cette qualité ne saurait être prise avant le décès de l'ascendant (art. 920 et 922). On n'est d'ailleurs jamais certain de survivre à un individu avant la mort de celui-ci, de plus, les éléments qui déterminent la quotité disponible et la réserve : comme le nombre des héritiers, la consistance du patrimoine, la valeur des biens ne se fixent qu'au décès. Mais il en est autrement de l'action en rescision, car il s'agit uniquement ici d'examiner si le partage est ou non égal, par conséquent tous les éléments d'appréciation existent. L'ascendant a voulu donner aux en-

(1) Labbé, *Journal du Palais*, 1863, p. 934, 937.

fants des droits égaux ; or si, par suite d'une erreur dans les attributions, le partage contient une lésion de plus du quart, pour que l'égalité soit observée, il faut donner aux enfants le droit de faire cesser cette lésion immédiatement. D'ailleurs on ne pourrait décider autrement qu'en reconnaissant la nécessité d'être héritier pour attaquer le partage, ce qui n'est pas exact.

Nous avons réfuté plus haut cette doctrine (1).

Un notaire (2), partant de la constatation des nombreux inconvénients de la théorie de la jurisprudence sur l'époque à laquelle on doit se placer pour apprécier la lésion, a proposé pour en atténuer les effets, d'admettre l'action en rescision contre le partage du jour de l'acte et la prescription de dix ans à dater de ce jour, à la condition de faire le partage d'ascendant par deux actes séparés. Par le premier, l'ascendant ferait une démission de biens, par le second, les enfants se partageraient les biens précédemment abandonnés.

Ce système n'est que le développement de la théorie soutenue par ce notaire, au sujet de la nécessité de l'égalité en nature, il est basé sur l'observation que dans les donations et successions il y a deux séries de règles et de principes tendant à assurer les droits des enfants ; les premiers ont pour but d'empêcher les parents d'avantager un enfant au détriment des autres cohéritiers et sont relatifs à la portion disponible et à la réserve ; les

(1) Ci-dessus, p. 139 et s.

(2) Paultre, dans la *Revue du notariat*, 1863, p. 821.

seconds, ont pour but de protéger les enfants les uns à l'égard des autres (art. 887 et suiv.). M. Paultre avait constaté que la jurisprudence et les auteurs ne visaient que l'injustice possible des parents, ce qui était très naturel puisque les partages en deux actes séparés n'avaient pas encore fait leur apparition, aussi il se demande si, dans ces derniers, l'action en rescision devrait encore commencer au décès et par là même, si la prescription de cette action devrait avoir également pour point de départ ce décès. Il conclut à l'application des règles du partage ordinaire ; en effet, dans cette hypothèse, les enfants, s'ils ont des lots inégaux, se sont toujours trompés eux-mêmes puisque l'ascendant n'y est pour rien, par conséquent ce n'est plus comme dans le premier cas, le donateur qui s'est trompé ou bien a voulu induire ses enfants en erreur, ces derniers peuvent donc agir dès actuellement comme dans les partages ordinaires. On ne peut objecter qu'il y aura là quelque chose d'offensant pour l'ascendant, car il n'a pas été partie au partage, il y est complètement étranger.

Nous avons déjà répondu que dans cette hypothèse il n'y a pas de partage d'ascendant, il y a simplement donation suivie d'un partage ordinaire dont l'objet devra nécessairement être rapporté.

On a aussi proposé de reconnaître à l'enfant lésé le droit de se prévaloir de la lésion seulement à la mort de l'ascendant, tout en reconnaissant que l'action naît du jour de la donation.

Si, ajoute-t-on, l'action ne peut être intentée du vivant de l'ascendant, c'est parce qu'elle ne produirait aucun effet (1) ; elle ferait tomber le partage mais, pour en réclamer un autre, il faut être héritier, par conséquent le nouveau partage pourra avoir lieu seulement au décès de l'ascendant ; la donation seule subsisterait pendant la vie de ce dernier et par conséquent, à sa mort il y aurait lieu au rapport. Cette action serait même tout à fait contraire aux intérêts des enfants si l'on admet l'indivisibilité du partage et de la donation, car alors, le partage tombant, l'ascendant reprendra tous ses biens. Ne serait-il pas plus scandaleux de voir attaquer du vivant de l'ascendant l'acte par lequel ce dernier s'est dépouillé de ses biens en faveur de ses présomptifs héritiers ; d'ailleurs, le législateur a voulu manifestement reculer l'ouverture de cette action jusqu'au décès de l'ascendant. En effet, la disposition légale qui nous occupe se trouve entre les articles 1078 et 1079, second alinéa, accordant tous deux une action s'ouvrant au décès, il doit donc en être de même de l'action accordée par l'article 1079, premier alinéa. Si les rédacteurs du Code avaient voulu donner comme point de départ à cette action l'acte lui-même, ils se seraient formellement expliqués à ce sujet.

En outre, si l'article 1078 permet à l'enfant omis de réclamer seulement au décès, c'est parce qu'il n'est pas

(1) Il y aurait cependant exception, M. Requier le reconnaît, dans le cas où l'un des enfants assigné en garantie par son codonataire voudrait s'affranchir de cette obligation en opposant la nullité du partage.

certain d'être héritier. L'enfant lésé en est-il plus certain lui ? non assurément, car les mêmes causes peuvent l'éloigner de la succession, par conséquent, il doit pouvoir agir uniquement à la mort.

Quant à l'action en réduction, elle daterait aussi de la mort de l'ascendant, car elle ne peut s'ouvrir pendant la vie d'un individu.

Tout en admettant l'ouverture, au décès de l'ascendant, des actions en rescision, en réduction et en nullité pour inobservation des articles 826 et 832 nous ne saurions admettre la naissance de l'action en rescision du jour de l'acte, car cette action suppose un droit à l'égalité, or ce droit naît uniquement de l'acceptation de l'hérédité, comme on ne saurait accepter du vivant de l'ascendant, on ne peut donc, pendant sa vie, avoir droit à l'égalité et par suite à l'action en rescision.

On a aussi présenté des systèmes secondaires : Ainsi M. Dubernet de Boscq a proposé de distinguer suivant que l'ascendant a ou n'a pas institué ses enfants, donataires d'une quote-part de son patrimoine avant de leur attribuer ses biens. Dans le premier cas, l'action en rescision serait ouverte du jour du partage, dans le second elle le serait seulement du jour du décès (1).

D'après une doctrine tirée d'un arrêt de la Cour de Bordeaux (2), l'action en rescision, ouverte en principe du

(1) *Revue critique*, année 1859, p. 251 et 481.

(2) 26 juillet 1838, S. 39.2.51.

jour de la donation, le serait seulement du jour du décès s'il y avait réserve d'usufruit (1).

Nous avons déjà rejeté ces deux solutions.

L'action en rescision, de même que l'action pour inégalité des lots, s'ouvrirait immédiatement si l'ascendant s'était borné à faire une démission de biens, suivie ensuite du partage par les enfants seuls. Il y aurait là, en effet, un partage ordinaire(2) faisant sortir de l'indivision produite par une donation collective ; mais comme nous l'avons vu, il n'y aurait nullement partage d'ascendant.

Il en serait autrement si l'ascendant avait imposé à ses enfants de procéder au partage sous son contrôle et sous la sanction de sa signature, il y a dans cette hypothèse partage d'ascendant et il faudrait appliquer toutes les règles de la matière. La Cour de cassation a approuvé cette doctrine, elle a jugé le 23 mars 1887 (3) que la prescription de l'action en rescision court à partir du jour même de l'acte lorsqu'il est certain que ce partage, compris il est vrai dans le même acte que la donation, a été fait par les enfants seuls sans l'intermédiaire de l'ascendant qui s'en est désintéressé.

La question de savoir s'il y a ou non partage d'ascendant est une question de fait, et comme telle, échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Supposons maintenant un partage fait par deux

(1) Ci-dessus, p. 190 et suiv.

(2) Besançon, 11 février 1882, S. 83.2.107 ; Cass., 24 juin 1872, D. 72.1.472.

(3) *Palais*, 87.1365.

époux conjointement, à quelle époque s'ouvriront les actions ? D'après la théorie de la jurisprudence, il faut à ce sujet distinguer si l'acte est divisible ou indivisible, et par partage indivisible, elle entend non seulement le partage comprenant des biens non susceptibles de division matérielle, mais encore celui comprenant des biens dont les ascendants donateurs ont disposé sans tenir compte de l'origine. Dans la première hypothèse, les deux ascendants ayant partagé leurs patrimoines sans confusion, on peut considérer le partage comme comprenant deux actes distincts et on pourra par conséquent, résoudre l'un sans nuire aucunement à l'autre, les actions s'ouvriront donc au décès de chacun des époux (1).

Dans la seconde hypothèse, les deux partages ne peuvent être envisagés séparément, ils ne forment réellement qu'un seul et même acte ; les biens ont été donnés sans distinction d'origine il n'y a pas moyen de dédoubler le partage, il faut donc le rescinder ou l'annuler pour le tout mais non pas pour moitié, par conséquent, comme il est impossible d'agir du vivant des ascendants, l'action sera seulement ouverte au décès du survivant des époux (2).

Il y a, d'ailleurs, souvent des charges dans les partages, et si les enfants attaquaient ces actes en ce qui concerne les biens partagés par le prémourant, le survivant

(1) Cass., 16 janvier 1867, S. 67.1.117.

(2) Cass., 2 janvier 1867, D. 67.1.110 ; 25 février 1878, S. 81.1.73 ; 16 novembre 1885, S. 86.1.454.

pourrait révoquer, pour inexécution des conditions, la distribution par lui faite de ses biens. La nullité de l'une des deux dispositions occasionnerait aussi, sans doute, des inégalités pouvant donner lieu à la rescision de l'autre.

Toutefois l'action donnée par l'article 1078 ferait exception à cette règle. Le motif du rejet des actions au décès du survivant est le suivant : la lésion ressentie par l'enfant dans l'un des partages est contrebalancée par un avantage correspondant résultant de l'autre ; de même, l'inégalité en nature provenant de l'un des partages est contrebalancée par un avantage correspondant dans l'autre.

Sil'enfant a été omis dans les deux partages, il est clair qu'il ne peut pas recueillir dans l'un des partages ce qui lui manque dans l'autre ; il faut donc lui reconnaître le droit, lors du décès du premier mourant, d'intenter l'action accordée par l'article 1078 afin d'obtenir sa part dans la succession de ce dernier. Cette action, il est vrai, aura pour but de produire dans le partage du survivant des lésions pouvant amener plus tard sa rescision, mais il n'est pas possible de décider autrement sans sacrifier les droits de l'enfant omis (1). L'ascendant pourra révoquer son partage pour inexécution des charges, mais l'omis n'en souffrira pas puisqu'il n'y était pas compris.

(1) Bonnet, *op. cit.*, t. II, n° 659.

Nous ne saurions admettre ces solutions, et nous ne voyons pas comment l'indivisibilité du partage conjonctif pourrait faire ajourner jusqu'au décès du survivant les actions en nullité, rescision ou réduction : ces actions, en effet, sont des actions de succession, par conséquent elles doivent s'ouvrir au décès du *de cujus* sans avoir besoin d'en attendre un autre. D'ailleurs la réserve est absolument indisponible entre les mains de l'ascendant et ce dernier peut donner seulement la quotité disponible (art. 920), par conséquent, il peut bien retarder au décès du survivant la prise de possession de cette quotité, mais quant à la réserve, c'est absolument impossible. De plus, l'article 826 accorde à l'enfant le droit d'exiger sa part des meubles et des immeubles, et ne fixe aucun délai, par conséquent l'enfant peut exiger cette part du jour du décès.

On ne saurait objecter que l'enfant en acceptant le partage s'est enlevé le droit de faire aucune réclamation de ce chef. En acceptant le partage l'enfant s'interdit d'en demander un autre et c'est tout ; si l'acceptation avait un autre but, elle constituerait un pacte sur succession future et partant elle serait nulle. Cette décision, dit-on, mènera peut-être quelquefois à un morcellement assez minime de la propriété, mais ce morcellement possible est une conséquence des principes posés par le Code, l'interprète ne peut donc l'éviter. Nous en concluons donc que les enfants peuvent toujours invoquer, au décès du prémourant, pour le par-

tage par lui opéré, non seulement l'article 1078, mais encore les articles 826 et 832 et intenter les deux actions accordées par l'article 1079.

On reproche à cette dernière solution de ne pas tenir compte de la volonté manifestée par les ascendants, volonté qui ne pourrait se réaliser par un testament ordinaire, mais qui doit être respectée dans un partage d'ascendant, car le Code civil a enlevé pour eux la prohibition de disposer de la réserve (art. 1075).

Nous répondons que la loi permet aux ascendants, non pas de disposer de leur réserve comme bon leur semble, mais de la laisser à leurs enfants divisée et partagée au lieu de la leur transmettre indivise. Pour qu'il en fût autrement il faudrait une disposition expresse de la loi, or cette disposition n'existe pas. L'article 1075 déroge à la prohibition de disposer de la réserve dans le même sens qu'il déroge à la prohibition de faire des pactes sur succession future ; or cette dernière dérogation, la jurisprudence le reconnaît et la majorité des auteurs est fixée en ce sens, permet seulement aux enfants d'accepter un partage conforme aux lois des successions et non pas de modifier ces dernières ; pourquoi en décider autrement lorsqu'il s'agit de la réserve ?

Si un des enfants n'a pas accepté la succession du prémourant, même dans l'opinion de la jurisprudence, il faut autoriser les autres enfants acceptants à intenter contre lui, même pendant la vie de l'ascendant survivant, l'action en réduction, dans le cas où la part attri-

buée à cet enfant renonçant, dans les biens du prémourant, excède la quotité disponible (1). Les enfants agissent alors en vertu de l'article 920 et non plus en vertu de l'article 1079 ; or l'article 920 déclare toutes les libéralités sans distinction réductibles au décès, si elles excèdent la quotité disponible (2).

Dans l'opinion de la jurisprudence il faut en outre décider que :

1° Le point de savoir si le partage est divisible ou indivisible est une question de fait, et comme tel échappe au contrôle de la Cour de cassation. Il ne faudrait toutefois pas admettre trop facilement la divisibilité si les enfants ont pu croire l'acte indivisible, car ce serait souvent prononcer contre eux la déchéance du droit de se prévaloir de la lésion, la prescription de l'action en rescision étant de dix ans seulement.

2° De même, malgré la possibilité de considérer le partage fait par les deux époux conjointement, comme se composant en réalité de deux actes distincts, il faudrait le regarder comme un acte unique, si telle a été l'intention des conjoints. Décider autrement, ce serait exposer l'acte à la révocation du survivant pour inexécution des charges. L'acte ainsi dédoublé serait en effet contraire à sa volonté. Tel serait le cas où, les immeubles partagés appartenant tous au père et les créances toutes à la mère, les clauses et conditions porteraient sur le

(1) Cass., 25 février 1890, S. 90.1.207.

(2) Cass., 22 février 1890, *Journal des not.*, art. 24412.

double patrimoine considéré comme une seule masse et feraient de la donation-partage un contrat homogène, essentiellement indivisible, de sorte, qu'il serait impossible de toucher à la volonté de l'ascendant décédé sans porter atteinte à celle du survivant (1).

La distinction entre la divisibilité et l'indivisibilité que nous venons de repousser pour les partages faits conjointement par les père et mère, nous l'admettons absolument lorsqu'il s'agit d'un partage fait par le survivant d'eux et comprenant outre les biens de ce dernier, ceux dépendant de la succession de son conjoint prédécédé. Si le partage n'est pas indivisible, s'il peut être considéré comme se composant de deux actes différents, les voies d'attaque contre la disposition faite par le prémourant seront immédiatement ouvertes. Si, au contraire, la distinction des deux patrimoines n'est plus possible parce que le partage a eu lieu sans tenir compte de l'origine des biens, alors il faudra considérer l'acte comme formant un tout indivisible et, par le fait même, comme pouvant être attaqué seulement au décès de l'ascendant survivant.

Malgré la divisibilité matérielle, il faudrait encore ajourner l'ouverture des actions jusqu'au décès de l'ascendant si le partage a été considéré comme indivisible par celui-ci, par exemple, s'il a stipulé sur tous les biens un droit d'usufruit accepté par les enfants.

Il en est ainsi, car les enfants étant majeurs (sans

(1) Toulouse, 22 mai 1863, *J. du Palais*, 63-457.

cela ils ne pourraient consentir au partage) ont la capacité nécessaire pour s'engager par leur acceptation, les biens leur appartenant pleinement et la succession étant ouverte, ils doivent donc supporter les conséquences de leur convention.

Quant aux causes de nullité de droit commun, par exemple à la disposition, dans un partage indivisible, de biens dotaux, l'action s'ouvrira-t-elle seulement au décès du père, si la mère meurt la première ? La Cour de cassation, par un arrêt du 6 mars 1855, a jugé que l'action en nullité s'ouvrirait seulement après le décès du père, car la nullité de la disposition de la mère pourrait faire tomber le partage opéré par celui-ci. Nous ne saurions admettre cette solution, en vertu des motifs que nous avons exposés ci-dessus ; de plus, on ne peut dire ici que le partage du père pourra réparer les vices de celui de la mère. La Cour de cassation est d'ailleurs revenue sur sa décision de 1855, et par un arrêt du 25 février 1878 (1) elle a consacré la solution que nous venons de proposer.

Même dans l'opinion de la jurisprudence, l'indivisibilité résultant de la confusion des patrimoines n'empêcherait pas un enfant d'un premier lit d'attaquer le partage de son père à la mort de ce dernier, il n'aurait nullement besoin d'attendre le décès de sa belle-mère car il n'a rien à recueillir dans la succession de celle-ci, par

(1) *Journal des not.*, art. 21844.

conséquent ne peut être compris dans le partage par elle fait, il ne pourra donc voir la lésion causée par la disposition de son père détruite par celle de cette dernière ; il pourra donc attaquer le partage de son père à la mort de celui-ci (1).

A côté des voies d'attaque spéciales au partage d'ascendant il y a, avons-nous vu, les causes de nullité de droit commun fondées sur l'erreur, le dol et la violence.

A quelle époque s'ouvriront ces actions ?

A ce sujet une distinction s'impose : L'action a-t-elle pour objet de faire tomber la donation ? elle s'ouvrira du jour de l'acte ; a-t-elle, au contraire, pour but de faire tomber le partage, elle s'ouvrira uniquement du jour du décès de l'ascendant, car, avant cette époque, elle ne servirait à rien, l'enfant ne pouvant demander un autre partage puisqu'il n'a pas accepté l'hérédité.

Cette distinction n'est pas inutile, car l'un des enfants peut très bien avoir intérêt à faire tomber la donation, par exemple pour se soustraire aux charges imposées par le partage d'ascendant, de même, dans le cas où il voudrait éviter une action en garantie de la part des autres copartagés.

Les actions données contre le partage s'ouvrent donc du jour du décès lorsque le partage a lieu par testament, et elles s'ouvrent encore à cette même date lorsqu'il a lieu par donation entre vifs.

(1) Bordeaux, 17 décembre 1875, D. 77, 2.211.

Art. 2. — Combien durent ces actions ? — Prescription.

Nous avons déjà vu que leur durée est de trente ans lorsqu'elles naissent d'un partage testamentaire, mais pour le partage par donation entre vifs, la question est plus compliquée.

L'article 1304 a établi une prescription de dix ans pour les actions en rescision ou en nullité des conventions. Cet article s'applique à l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart accordée par l'article 1079, premier alinéa, il s'applique également à l'action en nullité donnée par les articles 826 et 832 pour inobservation de la règle de l'égalité en nature. Mais s'applique-t-il aussi à l'action intentée en vertu de l'article 1079, second alinéa ? Dans l'opinion regardant cette action comme une action en rescision, on lui applique l'article 1304. C'est en effet, dit-on, une action tendant à établir l'égalité entre les enfants beaucoup plus qu'à réduire des libéralités excédant la quotité disponible, si elle était une action en réduction, elle serait accordée aussi quand la quotité disponible est donnée à un étranger.

L'action en réduction ordinaire, ajoute-t-on, se prescrit par trente ans, mais il en est ainsi parce qu'elle est une sorte de pétition d'hérédité ; il n'en saurait être de même de l'action en réduction donnée par l'article 1079, second alinéa, car cette dernière action, à la différence de l'autre, naît d'un contrat, l'article 1304 lui est donc applicable ; elle a pour but la modification d'un contrat,

il en résultera une rescision partielle pour celui auquel il a été donné trop, or les actions en rescision se prescrivent par dix ans. D'ailleurs, dans l'opinion contraire, on arrive à une inconséquence, on admet une prescription de dix ans pour une lésion de plus du quart et une prescription de trente ans pour l'action donnée par l'article 1079, second alinéa, dont l'effet est moins fort ; cette différence ne saurait s'expliquer pour deux actions comprises dans le même article.

Nous ne saurions adopter cette doctrine. L'article 1079, second alinéa, applique aux partages d'ascendants l'action en réduction ordinaire. Après avoir, par l'article 1079, premier alinéa, écarté l'application de l'action en réduction aux partages d'ascendants, le législateur, prévoyant une fraude possible à la loi dans un cas particulier, celui du cumul d'une libéralité précipitaire avec un avantage provenant d'un lot supérieur à la juste part, a rétabli, par le second alinéa de l'article 1079, l'application de l'action en réduction dans cette hypothèse ; c'est donc bien l'action en réduction ordinaire et il faut en observer les règles.

L'article 1304 vise d'ailleurs uniquement les actions en rescision et en nullité, mais rescision veut dire la même chose que nullité, or l'action accordée par l'article 1079, second alinéa, n'est nullement une action en nullité, c'est une action en réduction. De plus, la différence de prescription que nous proposons est très logique, l'action intentée en vertu de l'article 1079, pre-

mier alinéa, se calcule sur le partage, or ce dernier, une fois fait, il est facile de savoir si oui ou non il y a lieu à rescision ; l'action accordée par l'article 1079, second alinéa, se calcule, au contraire, sur les biens donnés et sur ceux restés en la possession du défunt, or son assiette ne peut être établie qu'à la mort de l'ascendant, par conséquent on comprend très bien une prescription plus longue dans ce dernier cas. En outre, l'article 1304 suppose une confirmation tacite, par conséquent une renonciation au droit de se prévaloir d'une cause de nullité or, dans le cas de l'article 1079, second alinéa, il n'y a pas de vice infectant le partage, son existence n'est pas mise en question, on se contente de demander un supplément. De plus, admettre la théorie adverse, c'est reconnaître deux sortes d'actions en réduction, or la loi en reconnaît une seule, celle de l'article 920. Nous avons, par cela même, réduit à néant le reproche de contradiction tiré de la différence de durée de deux actions accordées par un même article. Dans le cas de la réduction il s'agit, en effet, d'une action qui ne met pas en péril le partage, il n'est donc pas besoin de déroger à l'article 2262.

Quant à l'action intentée en vertu de l'article 1078 pour cause d'omission, elle dure certainement trente ans, car c'est une action en pétition d'hérédité. On ne saurait donc lui appliquer la prescription de dix ans de l'article 1304.

Quant aux causes de nullité de droit commun tirées de

l'erreur, du dol, de la violence, elles se prescrivent assurément par dix ans ; c'est leur prescription ordinaire et il n'y a pas lieu d'y déroger. Cette prescription court du jour de la découverte de l'erreur ou de la cessation du dol ou de la violence.

Art. 3. — Ratification.

Outre la prescription, on peut opposer aux voies d'attaque contre les partages d'ascendants une autre fin de non-recevoir, c'est la ratification.

La ratification emporte renonciation au motif de nullité affectant l'acte ratifié, par conséquent pour pouvoir ratifier un acte, il faut pouvoir renoncer à la cause de nullité le viciant.

Pour la nullité tirée de l'article 1078, la ratification pourra intervenir seulement à la mort de l'ascendant, à ce moment seul s'ouvre l'action, et toute renonciation antérieure constituerait un pacte sur succession future, nul aux termes de l'article 791.

Pour la nullité tirée de l'article 1079, second alinéa, la ratification ne pourra encore intervenir qu'à la mort de l'ascendant, car pour avoir le droit d'intenter l'action en réduction il faut être réservataire et par conséquent héritier, or nul n'est héritier d'une personne vivante, la renonciation à la faculté d'intenter l'action en réduction constituerait donc encore un pacte sur succession future, nul aux termes de l'article 791.

Dans le cas de la nullité tirée de l'article 1079, premier

alinéa, la ratification pourra seulement intervenir après la mort de l'ascendant. En effet, nous avons vu que pour agir en rescision il faut être héritier, l'action en rescision suppose un droit à l'égalité et ce droit à l'égalité suppose la qualité d'héritier, or comme on n'est par héritier d'une personne vivante il faut nécessairement que l'ascendant soit décédé. D'autre part, le but de l'action en rescision est de faire annuler le partage pour en opérer un autre, or pour opérer un partage, il faut avoir accepté la succession dont les biens font partie. La ratification de l'action en rescision intervenant pendant la vie de l'ascendant constituerait donc un pacte sur succession future et, comme tel, nul aux termes de l'article 791.

La ratification du vivant du donateur serait seulement permise si celui-ci avait fait une simple démission de biens laissant les enfants partager, à leur gré, les biens donnés. Mais il n'y a plus alors de partage d'ascendant, c'est un simple partage ordinaire et à la mort de l'auteur commun il donnera lieu au rapport.

Pour la nullité tirée de la violation des articles 826 et 832, la ratification devra encore intervenir seulement après la mort de l'ascendant donateur. En effet, les articles 826 et 832 supposent des héritiers, car si cette qualité n'existe pas on ne peut exiger aucune part dans les biens de l'ascendant, sauf au cas de donation ou de legs ; mais la donation ou le legs donne droit uniquement aux biens donnés et nullement à un partage égal en meubles et à un partage égal en immeubles. En renon-

çant du vivant de l'ascendant à la faculté d'intenter une action en nullité fondée sur les articles 826 et 832, on fait donc encore un pacte sur succession future, nul comme tel aux termes de l'article 791.

Quant à la ratification des causes de nullité du droit commun, d'un vice du consentement, la ratification pourra intervenir seulement au décès, sans cela elle constituerait un pacte sur succession future, l'enfant devant avoir accepté la succession pour pouvoir se prévaloir ou non d'un vice de nullité du partage. On pourrait toutefois permettre à l'enfant de ratifier la donation du vivant de l'ascendant, en effet, il n'est pas nécessaire d'être héritier pour garder le bénéfice de la donation, par conséquent cette ratification ne serait pas un pacte sur succession future.

Toutefois, si le vice était un vice entraînant nullité absolue comme le défaut d'acceptation ou l'absence d'acte notarié, il n'y aurait pas possibilité de ratification, même au décès, il faudrait recommencer l'acte.

La ratification peut être expresse, elle peut être tacite.

Elle est expresse, quand elle résulte d'une déclaration formelle d'exécuter l'acte irrégulier.

Elle est tacite, lorsqu'elle résulte de l'exécution du partage.

N° I. — *Ratification expresse.*

On a nié que la ratification pût s'appliquer à un acte entaché de lésion (1), pour qu'un acte contenant une lé-

(1) MM. Demante et Colmet de Santerre, t. III, n° 237 bis I.

sion soit ratifiable, il faudrait que la lésion ait cessé ; que le supplément ait été donné.

Ceci est inexact ; pour pouvoir ratifier un acte contenant une lésion, il faut avoir connaissance de la lésion et rien de plus, il n'est nullement besoin que celle-ci ait cessé, car du jour où l'individu lésé connaît la lésion il agit en connaissance de cause, il n'y a donc plus de raison pour ne pas respecter ses actes.

L'article 1304 a d'ailleurs établi, pour les actes rescindables, une prescription abrégée de dix ans, or cette prescription est fondée sur une ratification tacite ; pourquoi donc la ratification expresse serait-elle inefficace ?

Pour pouvoir ratifier, il faut connaître le vice dont l'acte est atteint et avoir la volonté de faire disparaître ce vice, il faut aussi avoir le pouvoir nécessaire pour exécuter l'acte quand il est parfait. Il faut donc attendre à la mort de l'ascendant pour ratifier le partage. M. Genty accorde aux enfants la faculté de ratifier le partage du vivant de ce dernier, car, dit-il, lorsqu'un acte est permis on peut le modifier en respectant pour la modification les règles imposées pour la confection. Ainsi, si les enfants y consentent, l'ascendant pourra modifier son partage, les enfants pourront eux-mêmes le modifier en faisant intervenir l'ascendant et il y aura ratification. Nous répondrons à ce raisonnement : si, par ratification, on entend faire disparaître un vice, le partage peut certainement être ratifié en employant les formes nécessaires pour sa confection ; si, au contraire, on entend par

ratifier priver quelqu'un d'un droit que le premier acte ne peut enlever, on peut recommencer l'acte une infinité de fois, le droit existera toujours et dans ce sens, le partage d'ascendant ne peut être ratifié du vivant de ce dernier. En acceptant le partage les enfants ne compromettent en rien leur droit d'accepter la succession ou d'y renoncer, ils conservent également le droit de faire tomber le partage pour lésion, inégalité des lots en nature, et le droit de demander la réduction.

Toutefois, il ne faudrait pas considérer cette ratification comme absolument dénuée de tout effet juridique car elle pourrait servir comme preuve de la connaissance par l'enfant lésé du vice du partage (1).

Après le décès de l'ascendant les enfants sont héritiers définitifs, par conséquent ils peuvent ratifier.

On ne saurait d'ailleurs ratifier un acte dans cet acte même, car ce serait renoncer purement et simplement aux causes de nullité qu'il peut contenir et cette clause deviendrait bientôt de style; l'article 1674 le défend pour la lésion en cas de vente, il faut évidemment appliquer la même solution au partage d'ascendant, car cet article est l'application d'une règle d'ordre public (2).

La ratification peut d'ailleurs s'appliquer à quelques-uns seulement des vices du partage sans s'appliquer à tous. Ainsi, par exemple, cet acte est rescindable pour lésion de plus du quart et il est attaquant par l'action

(1) Cass., 30 juin 1868, S. 68.1.430.

(2) Cass., 22 mai 1855, D. 55.1.197.

en réduction, la ratification pourra s'appliquer à la première de ces deux causes et non pas à la seconde.

N° II. — *Ratification tacite.*

Elle découle, par argument, de l'article 1338. Il faut pouvoir renoncer au bénéfice de l'acte, connaître son vice, avoir la volonté de renoncer à se prévaloir de ce vice. Si on ne connaissait pas le vice, il n'y aurait pas de ratification ; toutefois on ne saurait se prévaloir de l'ignorance de la nécessité de calculer la réserve sur les biens compris dans le partage et dans la succession ; car nul n'est censé ignorer la loi (1). Quant aux actes dont on peut conclure la volonté de ratifier, c'est une question de fait à résoudre par les tribunaux ; et leur décision échappe, de ce chef, au contrôle de la Cour de cassation ; toutefois cette Cour a le droit de réviser, au point de vue juridique, l'appréciation faite par les juges du fond des faits et des actes présentés comme remplissant les conditions légales exigées pour la ratification d'un acte rescindable ou nul.

Dans les partages ordinaires on discute pour savoir si la clause de non-garantie peut être considérée comme une ratification tacite, mais cette question ne peut se poser dans les partages d'ascendants, elle constituerait un pacte sur succession future.

La ratification tacite entraînerait-elle nécessairement

(1) Cass. 14 mars 1866, S. 66.1.353.

renonciation au droit de se prévaloir de toutes les causes de nullité pouvant vicier le partage ?

Nous ne le croyons pas, ainsi par exemple un partage est entaché de nullité pour inégalité en nature et pour lésion de plus du quart. L'ascendant a donné à un de ses enfants, Primus, tous ses immeubles et à l'autre, Secundus, une créance sur cet enfant ; au décès de l'ascendant Secundus reçoit le montant de la somme mise à la charge de son copartagé ; cette acceptation de paiement entraîne-t-elle renonciation au droit d'agir en rescision pour lésion ? non il y a renonciation au droit d'agir en nullité pour inégalité en nature, mais rien ne dit que l'enfant a connu la lésion de plus du quart et a voulu renoncer au droit de s'en prévaloir.

L'aliénation consentie, par un cohéritier, des biens mis dans son lot serait-elle une fin de non-recevoir de l'action en rescision ? Non, l'article 1338 exige l'exécution volontaire de l'acte incriminé, or exécuter un acte c'est accomplir les obligations imposées par cet acte et l'aliénation n'est pas une obligation du partage.

On objecte l'article 892, on a dit que cet article est fondé sur l'idée de confirmation tacite, mais ceci est inexact, l'article 892 est une disposition exceptionnelle qu'on n'appuie sur aucun texte, par conséquent de ce qu'elle est exceptionnelle on ne doit pas l'étendre, or elle ne vise que le dol et la violence, on ne saurait donc l'appliquer à la lésion ; si d'ailleurs le législateur avait voulu appliquer l'article 892 à la lésion il l'aurait cer-

tainement dit, car dans l'article 887 qui se trouve dans la même section on parle de l'action en rescision pour lésion.

Pour être valable, la ratification doit émaner d'une personne ayant la libre disposition des biens donnés. Une femme dotale ne pourrait donc, si elle s'est constitué en dot ses biens à venir, ratifier un partage d'ascendant ; car elle s'enlèverait, par cette ratification, la faculté d'attaquer l'acte ; il lui faudra attendre la dissolution du mariage pour ratifier, elle pourra seulement accepter le partage et rien autre chose.

La ratification n'empêchera pas l'enfant qui l'a consentie, de bénéficier de l'annulation du partage si celle-ci est prononcée. L'unique effet de la ratification est d'empêcher l'enfant de se prévaloir du vice de l'acte, mais, si l'acte est rescindé vis-à-vis des autres enfants, il le sera aussi à l'égard de celui-ci.

La ratification n'empêche pas non plus le partage des biens laissés par l'ascendant dans la succession *ab intestat*.

Les questions que nous avons vues se produire pour la prescription au sujet du partage conjonctif et du partage cumulatif se produisent à nouveau à propos de la ratification et elles se résolvent de la même façon.

Si le partage a été fait conjointement par les père et mère, la ratification pourra se produire au décès du prémourant d'eux pour le partage par lui fait, sans avoir besoin d'attendre le décès du survivant. La ratification

en effet peut avoir lieu aussitôt la naissance de l'action en nullité, or l'action en nullité naît au décès du prémourant, pour le partage par lui fait, sans avoir besoin d'attendre la mort du survivant.

Quant au partage cumulatif, il faut distinguer entre le cas de divisibilité et le cas d'indivisibilité. Si l'acte est divisible il faut maintenir la solution ci-dessus donnée dans l'hypothèse d'un partage fait conjointement par les père et mère. Si l'acte est indivisible il faut attendre, au décès du survivant, même pour ratifier le partage des biens dépendant de la succession de ce dernier (1).

La ratification ne pouvant avoir d'effet que pour les actes entachés de nullité et non pas pour les actes nuls de nullité absolue, il serait impossible au conjoint survivant et aux enfants de ratifier après le décès d'un des époux le partage de la communauté opérée par testament, à la suite d'une liquidation anticipée de cette communauté entre les époux. Les enfants et le conjoint survivant pourraient uniquement, si le partage leur convient, le recommencer sur les mêmes bases.

(1) Voir ci-dessus, p. 250 et suiv. Voir aussi p. 244 et suiv. pour ce qui concerne le partage fait conjointement par les père et mère.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA NULLITÉ OU DE LA RESCISION DU PARTAGE D'ASCENDANT.

SECTION I. — **Partage testamentaire.**

Si le partage testamentaire est annulé avant toute exécution, il sera considéré comme non avenu et la succession *ab intestat* s'ouvrira.

Si l'annulation intervient après un commencement d'exécution, mais sans, bien entendu, que ce commencement d'exécution puisse être considéré comme une ratification, les biens devront être rapportés en nature, car l'attribution est non avenue, toutefois les aliénations consenties par les enfants devraient être respectées comme celles faites par un héritier apparent. Dans les deux cas le testament, annulé comme partage, ne saurait valoir comme contenant des legs; nous avons vu, en effet, que l'ascendant, par le partage testamentaire, transmet à ses enfants une succession partagée, mais n'a aucunement l'intention de faire des libéralités.

SECTION II. — **Partage par donation entre vifs.**

La jurisprudence considère le partage par donation

entre vifs comme formant un tout indivisible, par conséquent si le partage est nul, la donation l'est aussi. La donation est une simple forme du partage ou, si l'on veut, le partage est une condition de l'existence de la donation. On objecte, il est vrai, qu'aux termes de l'article 900 les conditions illicites sont déclarées non écrites ; mais cet article ne s'applique pas aux conditions impulsives et déterminantes de la libéralité (1).

Nous ne comprenons pas cette objection car l'ascendant ne dit pas à ses enfants, même dans l'opinion de jurisprudence : vous allez respecter mon partage sans cela la donation tombera. Mais il dit au contraire : je vous fais une donation, toutefois cette donation sera valable si le partage l'est, sinon elle devra être considérée comme non avenue. L'article 900 n'a donc rien à faire ici puisqu'il s'agit de la validité d'un acte soumis à la validité d'un autre et non pas d'un acte dont la validité est liée au respect, par les enfants, des dispositions d'un autre acte.

L'ascendant pourrait toutefois déclarer expressément qu'il entend faire une donation valable quand bien même le partage ne le serait pas. Ce système produit les conséquences suivantes :

1° Les enfants renonçants ne peuvent rien garder .

2° Les héritiers de l'enfant prédécédé doivent restituer tout ce que leur auteur a reçu, quand bien même ils seraient exclus du partage nouveau (2).

(1) Cassation, 13 juin 1863, S. 64.1.269.

(2) Cassation, 25 février 1856, S. 56.1.305.

3° Les aliénations consenties par les copartagés sont nulles en vertu de la règle *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (1).

La reconnaissance par la jurisprudence de la validité des ventes consenties, par un héritier apparent, à un tiers de bonne foi, à raison de l'erreur invincible dont celui-ci se trouverait victime, ne saurait être invoquée par les acquéreurs pour faire reconnaître l'application de l'article 860.

En effet ce n'est pas comme héritier apparent que le copartagé a transmis la propriété des immeubles, mais en vertu d'un partage susceptible d'être résolu, s'il n'est pas conforme à la loi.

4° Les biens donnés vont faire partie du gage des créanciers de l'ascendant.

Nous ne croyons pas cette théorie exacte. La nullité du partage ne doit pas entraîner celle de la donation, car ces deux actes ne sont pas indivisibles. L'ascendant a voulu, en faisant son partage, faire une libéralité à ses enfants, sans cela il n'aurait pas choisi le partage par donation entre vifs, il aurait pris le partage testamentaire. D'ailleurs l'ascendant peut révoquer sa donation pour ingratitude et il ne peut, pour ce motif, révoquer son partage ; ce dernier lui est étranger, sa disposition dans ses rapports avec ses enfants est une donation et non pas un partage, elle a ce dernier caractère seule-

(1) Lyon, 6 mars 1878, S. 78.2.201.

ment entre les enfants, par conséquent la donation révoquée comme donation n'empêche pas le partage de subsister. C'est tellement vrai qu'en admettant le contraire on viole un principe d'ordre public, celui de la personnalité des peines. Une autre preuve de la fausseté de cette prétendue indivisibilité c'est la faculté existant pour l'enfant copartagé d'attaquer la donation du vivant de l'ascendant, par exemple, pour abus d'usufruit de la part de ce dernier, or il est absolument impossible à l'enfant d'attaquer le partage avant le décès de l'ascendant.

Nous en concluons donc que :

1° L'annulation ou la rescision du partage n'empêche pas l'enfant renonçant de garder, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, les biens à lui attribués.

2° Les enfants acceptant seront tenus au rapport des biens donnés et on appliquera les règles des rapports.

Les soultes dues par un enfant dans le lot duquel un immeuble a été mis, sont rapportables aussi bien que l'immeuble. Les enfants alloués en soulte ne pourraient se prétendre débiteurs de leur frère et non de la succession, donc ils devraient le rapport. Le système opposé obligerait le frère à rapporter plus que sa part et l'exposerait à l'insolvabilité de ses cohéritiers, il y aurait pour ces derniers un enrichissement sans cause à garder les sommes, à eux versées comme compensation du lot alloué au frère. Il y a donc indivisibilité entre ces deux opérations (1).

(1) Grenoble, 10 août 1864, S. 64. 2. 294.

La même Cour a jugé que le rapport des meubles peut être réclaté en nature lorsque la nullité est fondée sur l'inégalité en nature. Nous ne croyons pas cette solution exacte, la loi a dit que le rapport des meubles se fait en moins prenant (art. 868), c'est ajouter à sa disposition que d'exiger le rapport en nature. Si l'immeuble a été perdu, par suite d'une action en rescision ou en réméré, l'enfant évincé devra seulement rapporter ce qui lui a été donné car la cause d'éviction provient de l'auteur commun ; si l'éviction a été causée par une expropriation pour cause d'utilité publique l'enfant devra encore donner seulement ce qu'il a reçu, car l'expropriation est un cas de force majeure.

3° Quand un immeuble aura été aliéné le rapport en sera fait en moins prenant et on estimera la valeur de cet immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 860).

4° Les créanciers de la succession n'auront aucun droit sur les biens faisant l'objet du partage annulé.

L'enfant, pendant la vie du donateur, ne peut pas être regardé comme un héritier copartagé mais seulement comme un donataire copartagé. La jurisprudence l'a d'ailleurs reconnu par de nombreux arrêts (1), elle devrait donc logiquement appliquer à l'enfant les principes des donations et non pas ceux des partages, par conséquent on doit appliquer ici les règles de l'article 860 et

(1) Cass., 24 juin 1868, S. 1868. 1. 330 ; Cass., 22 août 1877, S. 78.1. 145.

maintenir les aliénations consenties par les enfants. La jurisprudence, frappée des inconvénients de sa doctrine pour la sécurité des acquéreurs, a admis que les aliénations ne seraient pas nulles de plein droit, par le fait de la nullité du partage, mais deviendraient telles, seulement si les biens vendus ne sont pas maintenus dans le lot des enfants auxquels ils ont été attribués par le partage. Elle accorde aux tiers acquéreurs le droit d'intervenir au partage pour le surveiller. « Si les copartagés qui ont obtenu des immeubles n'ont transmis aux acquéreurs que des droits résolubles comme l'étaient les leurs, la nullité de leurs aliénations ne résulte pas d'une manière immédiate de la rescision seule du partage ; elle reste subordonnée au résultat du partage nouveau ; chaque héritier étant censé, aux termes de l'article 883, avoir succédé seul et immédiatement aux objets compris dans son lot, les aliénations dont il s'agit seront consolidées ou pourront être annulées suivant que les immeubles tomberont ou ne tomberont pas dans le lot des aliénateurs (1). » On ne saurait donc remettre ces biens ni le prix de vente à un séquestre avant l'événement du partage nouveau.

L'enfant qui a vendu un des biens compris dans le partage ne pourrait pas faire tomber la vente par lui consentie, car il serait repoussé en vertu de l'adage : *« quem de evictione tenet actio, eundem agentem re-*

(1) Cass., 26 juillet 1887, S. 87. 1. 377.

pellit exceptio », il ne pourrait donc pas demander la nullité du partage, décider autrement ce serait permettre à l'enfant d'évincer indirectement son acquéreur, mais les cohéritiers de cet enfant, restés étrangers à la vente par lui consentie ne seraient nullement déchus du droit d'agir, et la nullité étant prononcée à leur requête il en profiterait (1).

Pour échapper à la résolution l'acquéreur ne saurait se prévaloir de la prescription de dix ans (2). Pour pouvoir invoquer la prescription de dix ans il faut, en effet, avoir un juste titre, or il n'en a pas. Il a acheté d'un individu qui lui a dit être propriétaire en vertu d'un partage anticipé, il a consenti à être l'ayant cause d'un copartagé, par conséquent il est appelé par son titre non pas à une propriété incommutable, mais à une propriété susceptible d'être affectée de toutes les causes de nullité propres au partage d'ascendant. L'acquéreur aurait un juste titre d'acquisition, seulement dans le cas où son vendeur lui aurait laissé ignorer le partage anticipé, par exemple s'il lui avait fait croire à un don en avancement d'hoirie.

En vain l'acquéreur démontrerait-il qu'il a ignoré les vices du partage et qu'il a possédé pendant dix ans, comme propriétaire, cela établira sa bonne foi, mais ne lui donnera pas de juste titre. Cette situation lui permettra seulement de garder les fruits perçus (3).

(1) Cass., 21 juin 1882, S. 84.1.259. *Journal des not.*, art. 22729

(2) Montpellier, 10 janvier 1878, S. 78.2.313.

(3) Montpellier, 10 janvier 1878, S. 78.2.313.

L'article 1630 permet à la victime d'une éviction de demander des dommages-intérêts ; l'acquéreur évincé pourra-t-il en demander dans le cas d'éviction pour nullité du partage ?

La Cour de Lyon (1) a résolu avec raison la question par la négative. « Il est constant en fait que le dire circonstancié, inséré par le poursuivant au cahier des charges, a textuellement indiqué et spécifié le danger de l'éviction pouvant résulter précisément de l'application ultérieure et d'ores et déjà probable de l'article 1078 ; qu'il faut reconnaître que l'adjudicataire a parfaitement connu ou est présumé légalement avoir connu, non seulement d'une manière générale le danger d'éviction qui le menaçait, mais encore la nature exacte et clairement déterminée de ce danger ; l'article 1599 en disant que la vente de la chose d'autrui peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que c'était la chose d'autrui fait clairement entendre qu'il n'y a pas lieu aux dommages-intérêts si l'acheteur a su que c'était la chose d'autrui. Mais il en est autrement de la restitution du prix, car la vente étant anéantie le prix serait sans cause entre les mains du vendeur et nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. » L'article 628 prononce d'ailleurs exclusion de la répétition du prix seulement dans le cas où il y a une stipulation de non-garantie ou si l'acheteur achète à ses risques et périls.

(1) Lyon, 6 mars 1878, *Journal des not.*, art. 23382.

Quel sera le sort des libéralités faites dans l'acte de partage annulé ?

Si la libéralité est faite à un tiers, elle sera certainement valable lorsque l'ascendant aura observé toutes les conditions nécessaires pour son existence.

Quant aux libéralités faites aux enfants eux-mêmes une distinction s'impose.

La libéralité a-t-elle été faite par une disposition spéciale ? Elle sera certainement valable car elle se différencie du partage, par conséquent ils ont chacun leurs causes de nullité propres. On a, il est vrai, présenté dans cette hypothèse une sous-distinction entre le cas où il y a dispense de rapport et celui où il n'y en a pas, dans ce dernier cas on exigeait le rapport ; mais cette distinction était généralement repoussée, car la dispense de rapport n'a pas besoin d'être expresse, il suffit qu'elle puisse s'induire, d'une façon certaine, des circonstances ; or tel était le cas ; en faisant à l'enfant une libéralité en sus de son lot, il est clair que l'ascendant faisait cette libéralité par préciput. Aujourd'hui toute controverse est impossible sur ce point par suite du nouvel article 843.

La libéralité résulte-t-elle du partage lui-même, d'une attribution de biens supérieure à la juste part ? alors la libéralité fait corps avec le partage, elle n'a pas d'existence séparée, en conséquence s'il est annulé elle doit l'être aussi. Il suit de là que si l'ascendant, après avoir fait son partage, a déclaré donner, en tant que de besoin, la différence pouvant exister entre les lots à titre de pré-

ciput et hors part, cette clause ne donnant pas à la libéralité d'existence séparée et ayant pour seul but d'éviter la nullité du partage pour cause de lésion, tombera si le partage tombe.

La nullité du partage d'ascendant, obligeant les enfants à rapporter les biens donnés, les oblige aussi à rapporter les fruits, car les fruits sont l'accessoire des biens ; mais à partir de quelle époque ? M. Genty (1) distingue entre le partage rescindé et le partage annulé. Est-il rescindé ? les fruits seront dus seulement à partir de la demande en rescision ; en effet un partage rescindable a une existence légale. Le partage est-il déclaré nul en vertu de l'article 1078 ? alors les fruits seront dus à partir de l'ouverture de la succession si les enfants ont eu connaissance de la nullité à cette époque ; sinon du jour où ils ont acquis cette connaissance. Le partage nul ne peut en effet, hors le cas de bonne foi, permettre aux enfants d'acquérir les fruits, car ils se savent non propriétaires.

Pour nous, nous considérons les enfants comme ayant possédé dans les deux cas en faveur d'un titre translatif de propriété, par conséquent il faut s'attacher uniquement à leur bonne ou mauvaise foi. Avant le décès la question ne se pose pas car les enfants ont acquis les fruits comme donataires copartagés ; il s'agit donc des fruits produits depuis le décès. D'après l'article 856 le donataire en avancement d'hoirie doit les fruits des

(1) M. Genty, *op. cit.*, p. 321 et 322.

biens sujets à rapport, du jour du décès, mais on ne peut assimiler le donataire en avancement d'hoirie et le copartagé. Le donataire sait, par suite du décès, qu'il n'a plus le droit de s'approprier les fruits ; il n'en est pas de même du copartagé, il peut considérer le partage comme valable. La bonne foi doit donc être présumée et par conséquent les fruits, dans le cas de rescision pour lésion comme dans celui d'annulation en vertu de l'article 1078, seront dus seulement à partir de la demande en rescision ou en nullité.

Supposons maintenant le copartagé de mauvaise foi. Alors il devra les fruits du jour où il a été mis en possession si le partage a eu lieu par testament et du jour du décès si le partage a eu lieu par donation entre vifs.

On ne saurait lui réclamer les fruits perçus antérieurement, car il les a perçus comme donataire, par conséquent il n'a pas à les restituer (art. 856). Les fruits seront dus seulement du jour de la mauvaise foi si cette dernière est postérieure à ces deux époques.

Si le copartagé avait fait des impenses, il aurait droit à la restitution de ces impenses et améliorations conformément aux principes posés par les articles 861 et 862 la nullité du partage ne pourrait être en effet pour la succession une cause d'enrichissement au détriment des copartagés.

L'ascendant pourrait-il soumettre la validité de la donation à celle du partage ? Oui certainement il est libre de faire ce qu'il veut, toutefois nous répondrions négativement.

tivement si l'ascendant avait imposé cette condition dans le but de faire hésiter les enfants à se prévaloir de la nullité du partage, cette clause devrait alors être réputée non écrite en vertu de l'article 900.

Le jugement prononçant la nullité ou la rescision du partage devra être transcrit, il devra aussi être mentionné en marge de la transcription de la donation, de l'acceptation et de la notification si elles ont eu lieu par actes séparés et aussi des actes constatant l'aliénation des biens provenant du partage ou la constitution de droits réels (1).

Qui supportera les frais de l'acte annulé ? Ce seront les donataires si le partage a été fait par acte entre vifs. En effet si l'acte est annulé comme partage et ne leur rapporte à ce titre aucun profit, il en a été autrement pendant la vie de l'ascendant, ils ont alors joui des biens.

Il en serait autrement si le partage avait eu lieu par testament. Dans cette hypothèse les frais seraient à la charge de la succession.

(1) Art. 4 de la loi du 23 mars 1855.

Vu :

Le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Utilité des partages d'ascendants . . .	1

PREMIÈRE PARTIE ORIGINE HISTORIQUE.

I

Droit romain.

II

Ancien Droit.

CHAPITRE I ^{er} . — Partages d'ascendants.	21
CHAPITRE II. — Démissions de biens	26

III

Législation intermédiaire.

Les partages d'ascendants étaient-ils possibles sous la loi de l'an II ?	39
---	----

SECONDE PARTIE LÉGISLATION ACTUELLE.

Discussion du chapitre des partages d'ascendants lors de l'adoption du Code civil.	43
CHAPITRE I ^{er} . — Conditions du partage.	46
SECTION I ^{re} . — CAPACITÉ DES PARTIES.	46
§ 1. — <i>Quelles sont les personnes qui peuvent faire un partage d'ascendants ?</i>	46
Les collatéraux le peuvent-ils ?	

§ 2. — *Entre qui le partage d'ascendant peut-il intervenir ?* . . . 50

Peut-il être fait au profit d'enfants légitimés, adoptifs ? — Naturels non reconnus ? — Adultérins ? — Naturels reconnus ? — Le partage d'ascendant fait par les ascendants légitimes naturels ou adoptifs doit-il respecter la vocation héréditaire ? — Peut-il comprendre des étrangers ? — Peut-on faire un partage d'ascendant à un enfant unique ? — Entre un enfant et un petit enfant issu de ce dernier ? — Entre un enfant et les descendants d'un autre enfant prédécédé ? — Les libéralités faites dans un partage d'ascendant sont-elles nulles ?

§ 3. — *Capacité nécessaire pour faire un partage d'ascendant. A quel moment faut-il se placer pour savoir si les enfants sont héritiers ?* 58

Quelle est la capacité requise ? — A quel moment doit-elle exister ? — Le condamné à une peine afflictive perpétuelle. — La femme mariée. — La femme séparée de corps. — Le mineur. — L'interdit judiciaire. — L'interdit légal. — La personne placée dans un établissement d'aliénés (loi de 1838). — Le pourvu de conseil judiciaire. — Le failli. — L'étranger. — L'ascendant peut-il donner, à une autre personne, le mandat de faire son partage ? — Peut-on se porter fort de la ratification d'un partage par l'ascendant ?

§ 4. — *Capacité nécessaire pour pouvoir bénéficier d'un partage d'ascendant* 64

Le condamné à une peine afflictive perpétuelle. — La femme mariée. — Le mineur émancipé. — Le mineur non émancipé. — L'interdit. — Le pourvu d'un conseil judiciaire. — La personne placée dans un établissement d'aliénés (loi de 1838). — L'absent. — Pourrait-on se porter fort de l'acceptation d'un des copartagés ? — Pourrait-on accepter par procuration ?

SECTION II. — FORMES DES PARTAGES D'ASCENDANTS 70

Les ascendants ont-ils toujours le choix donné par l'art. 1075 ? Le législateur a-t-il eu tort d'astreindre les partages d'ascendants aux formes des donations et testaments

§ 1. — *Des partages faits par donation entre vifs* 72

Quels sont les formalités à observer ? — Doivent-ils être transcrits ? — Que dire si le partage contient des créances ? — Des effets mobiliers ? — S'il a lieu par donation déguisée ? — Peut-il être fait dans un contrat de mariage ? — Doit-il être accepté ? — Cette acceptation doit-elle être expresse ? — Le partage peut-il être fait par plusieurs donations entre vifs ? — Que dire si tous les enfants n'ont pas accepté le partage ? — L'ascendant peut-il

partager ses biens entre ses enfants lorsqu'il a déjà fait un avantage précipitaire à l'un de ces derniers ? — Comment distinguer un partage d'ascendant d'une simple donation ? — Lorsque, préalablement à l'attribution des biens, l'ascendant a institué ses enfants donataires pour une quote-part faut-il considérer sa disposition comme un partage d'ascendant ou comme contenant deux actes distincts ? — Que dire si l'ascendant fait une simple démission de biens, ordonnant à ses enfants de partager à leur gré ? — La démission de biens est-elle un partage d'ascendant ?

§ 2. — *Partage par testament.* 86

L'ascendant peut-il toujours faire un partage par testament ? Ce partage a-t-il besoin d'être accepté ? Les père et mère peuvent-ils faire un partage testamentaire par un seul et même testament ? — Le partage peut-il être fait par plusieurs actes ?

SECTION III. — CONDITIONS SOUS LESQUELLES LE PARTAGE D'ASCENDANT PEUT ÊTRE FAIT 89

Un ascendant peut-il obliger les copartagés à rester, pendant un certain temps, dans l'indivision ? — Peut-il les soumettre aux modalités pouvant affecter les donations et les testaments ? La réserve d'usufruit est-elle permise ? — Les époux peuvent-ils dans un seul acte stipuler la réversibilité de cet usufruit au profit du survivant ? — La stipulation d'une rente viagère est-elle possible ? — Le partage, fait sous la condition de supporter certaines charges est-il un acte à titre gratuit ou à titre onéreux ? Le partage d'ascendant comporte-t-il un terme ? — Que dire si le partage comprend des choses fongibles ? — La donation d'une somme à prendre sur les biens, composant la succession de l'ascendant à son décès, serait-elle nulle comme constituant une donation de biens à venir ? — Le partage peut-il être fait sous condition ? — La clause pénale est-elle valable ? — Que dire de la défense d'aliéner ? — Cette défense cesse-t-elle d'avoir effet, au décès du prémourant, pour les biens par lui donnés ? — L'ascendant pourrait-il se réserver le droit d'aliéner les biens donnés ? — Les dettes sont-elles à la charge des donataires ? — La condition de ne pas exiger du survivant de compte au sujet des valeurs mobilières non comprises dans le partage serait-elle nulle ? — L'ascendant peut-il imposer le rapport, à la succession, des biens partagés ?

SECTION IV. — BIENS QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET DU PARTAGE D'ASCENDANT 105

Le partage d'ascendant peut-il comprendre des biens à venir ? — Que faut-il entendre par biens présents ? — Le partage comprenant des biens à venir est-il nul ? — Doit-il comprendre

tous les biens présents ? — L'ascendant peut-il comprendre dans un nouveau partage les biens déjà attribués aux enfants ? — L'ascendant doit-il avoir la capacité d'aliéner, à titre gratuit, les biens donnés ? — La femme mariée sous le régime dotal peut-elle partager ses biens dotaux ? — L'ascendant peut-il disposer des biens ayant fait l'objet d'une donation entre vifs ? — L'institution contractuelle ou le don de la quotité disponible font-ils obstacle au partage ? — Quel sera, vis-à-vis de ce donataire ou de cet institué, le caractère de l'acte ? — Quel sera l'effet d'une promesse d'égalité ? — Les deux époux peuvent-ils conjointement partager les biens dépendant de leur communauté ? — Le pourraient-ils séparément ? — S'ils l'ont fait séparément peuvent-ils ratifier ? — Le premier mourant pourrait-il donner au survivant le mandat de faire ce partage ? — Le survivant peut-il avec ses biens partager ceux appartenant à son conjoint prédécédé ?

CHAPITRE II. — Effets du partage d'ascendant. 124

SECTION I^{re}. — EFFETS DU PARTAGE PAR TESTAMENT 124

L'aliénation, faite par l'ascendant, d'un des biens compris dans le partage testamentaire, entraîne-t-elle la révocation de ce partage ? — Le copartagé lésé par cette aliénation peut-il demander une indemnité ? — Les enfants recueilleront-ils le lot, à eux attribué, comme légataires ou comme héritiers ? — Que dire si l'attribution a été faite aux enfants, par préciput et hors part ? — L'enfant peut-il retenir son lot en renonçant ? — La découverte d'un testament, après l'acceptation, entraînerait-elle la nullité de l'acceptation ? — A partir de quel moment les enfants ont-ils droit aux fruits ? — Qu'arrivera-t-il si un enfant prédécède sans postérité. — Et s'il prédécède en laissant des descendants ? — Les enfants sont-ils tenus à garantie, jouissent-ils du privilège, peuvent-ils prescrire ? — L'article 883 doit-il recevoir son application ? — Les enfants sont-ils tenus des dettes ?

SECTION II. — EFFETS DU PARTAGE PAR DONATION ENTRE VIFS. . . . 135

Le partage par donation entre vifs est distributif et translatif. — Est-ce une ouverture anticipée de succession ? — Ou une donation en avancement d'hoirie se transformant, par le décès de l'ascendant, en partage ? — Les enfants sont-ils des donataires copartagés ? — Les enfants doivent-ils être héritiers pour pouvoir garder leurs lots ? — Sont-ils des héritiers copartagés ?

§ 1. — *Rapports de l'ascendant avec ses descendants et avec les tiers* 144

Quel est le caractère de l'acte dans les rapports de l'ascendant

avec ses descendants et avec les tiers ? — Les enfants sont-ils tenus des dettes ? — Le partage doit-il être transcrit pour être opposable aux tiers ?

§ 2. — *Rapports des descendants entre eux et avec les tiers* . . . 146

§ 3. — *Effets du partage à la mort de l'ascendant* 148

Quel est l'effet de la révocation totale ou partielle d'un lot ? — Quel sera le sort du partage fait conjointement par deux époux ? — Que dire s'il est fait par le survivant des époux ? — Les enfants peuvent-ils renoncer à la succession ? — Les enfants renonçants garderont-ils les biens donnés ? — Qu'arrivera-il si un enfant décède avant l'ascendant ?

CHAPITRE III. — Causes de nullité des partages d'ascendants 158

Peut-on attaquer les partages d'ascendants par les voies de droit commun ? — La prohibition des pactes sur succession future s'applique-t-elle aux partages d'ascendants ?

SECTION 1^{re}. — VOIES D'ATTAQUE CONTRE LES PARTAGES D'ASCENDANTS 159

§ 1. — *Prétérition d'un ou de plusieurs enfants*. 159

A quel moment faut-il se placer pour constater cette prétérition ? — L'enfant omis doit-il être héritier ? — Quels sont les enfants dont l'omission est une cause de nullité ? — Si un des enfants meurt ses descendants sont-ils appelés par représentation ? — Que dire de l'omission d'un absent ? — Les enfants pourraient-ils invoquer l'article 1078 si leurs lots étaient composés, en entier, de biens d'autrui ? — Les institués contractuels et les donataires de la quotité disponible, omis, peuvent-ils faire tomber le partage ? — Tous les communistes peuvent-ils demander la nullité du partage ? — Les biens doivent-ils être donnés dans la proportion héréditaire ? — Tous les copartagés peuvent-ils demander la nullité ? — L'article 1078 prononce-t-il la nullité du partage ou permet-il simplement de la faire prononcer par les tribunaux ? — Le partage sera-t-il encore nul si l'enfant omis a reçu la quotité disponible de l'ascendant ? — L'ascendant peut-il se porter fort de l'acceptation de l'omis ? — Cette action peut-elle être intentée par les créanciers de l'omis ? — Quelle est la capacité nécessaire pour se prévaloir de l'article 1078 ? — Contre qui doit-elle être intentée ? — Devant quel tribunal ?

§ 2. — *Action en rescision pour lésion de plus du quart*. . . . 168

Quelle est la lésion nécessaire pour pouvoir attaquer un par-

tage d'ascendant ? — Qui peut se prévaloir de la lésion ? — Les créanciers de l'enfant lésé peuvent-ils intenter cette action ? — L'enfant doit-il être héritier ? — Quelle doit être sa capacité ? — Contre qui cette action peut-elle être intentée ? — Devant quel tribunal ? — Sur quels biens se calcule la lésion ? — Que décider s'il y a des partages successifs ? — Que décider si le partage des biens restant dans la succession *ab intestat* doit faire disparaître la lésion ? — Si les père et mère ont distribué leurs biens sans distinction d'origine, la lésion doit-elle être calculée sur l'ensemble ? — Que décider si l'enfant lésé a reçu une libéralité précipitaire ? — L'action en rescision s'appliquerait-elle au partage d'ascendant déguisé sous la forme d'un acte à titre onéreux ? — La cause de la lésion doit-elle être antérieure au partage ? — Peut-on se prévaloir de l'article 891 ? — Qui pourra exercer la faculté accordée par cet article ? — Quelle est la valeur du supplément à fournir ? — A quelle époque faut-il se placer pour apprécier la valeur de ce supplément ? — Qui aura le droit d'exercer l'option ? — A quel moment le supplément peut-il être fourni ? — L'enfant qui se prévaut de l'article 891 doit-il payer tout ce qui manque au demandeur ? — Les juges peuvent-ils forcer le défendeur à fournir le supplément ? — A quel moment les juges doivent-ils se placer pour estimer la lésion ? — Quand aura lieu cette estimation si le partage est fait conjointement par les père et mère ? — S'il est indivisible ? — S'il est fait par le survivant ? — Quel est l'effet de la clause par préciput et hors part ? — Faut-il appliquer l'article 1677 ? — Les juges doivent-ils ordonner une expertise avant de se prononcer sur la recevabilité de l'action en rescision ? — Que dire s'il y a un enfant naturel ?

§ 3. — *Atteinte à la réserve* 197

Origine de cette action. — Quel est son but. — Quelle est la nature de cette action. — Quelles sont les conditions requises pour pouvoir intenter cette action ? — L'article 1079, 2^e alinéa s'appliquerait-il au cas où l'avantage excessif est fait à un donataire de la quotité disponible ou à un institué contractuel ? — Comment calculera-t-on la réduction ? — A quel époque évaluera-t-on les biens ? — Les juges doivent-ils ordonner une estimation ? — Cette action doit-elle être intentée contre tous les cohéritiers ? — A quelle époque les fruits courront-ils ? — La réduction pourrait-elle être demandée pour la première fois en appel ? — Historique de la rédaction de l'article 1080. — Les tribunaux peuvent-ils exiger la consignation des frais ? — Cet article est-il applicable à l'action donnée par l'article 1078 ou à celle intentée pour violation des articles 826 et 832.

§ 4. — *Inégalité des attributions en nature* 217

Cette règle s'applique-t-elle aux partages d'ascendants ? — Les biens impartageables en nature peuvent-ils être donnés à un seul des enfants à charge de payer une soulte aux autres ? — Doit-on les vendre ? — Quand un bien est-il impartageable en nature ? — Pourrait-on échapper à cette règle en faisant une démission de biens suivie d'un partage opéré par les enfants eux-mêmes ? — Peut-on se prévaloir de l'art. 891 ? — Qui peut se prévaloir de l'inégalité en nature ? — Cette action doit-elle être intentée contre tous les cohéritiers ? — Quelle est la capacité nécessaire ? — Quel est le tribunal compétent ? — A quel moment faut-il se placer pour apprécier l'inégalité en nature ?

SECTION II. — EPOQUE DE L'OUVERTURE ET DURÉE DES ACTIONS EN
RESCISION EN NULLITÉ ET EN RÉDUCTION 235§ 1. — *Partage par testament*. 235

Quand les actions s'ouvrent-elles ? — Que dire si le testament a été connu, un certain temps seulement après le décès ? — Quelle est la durée de ces actions ?

§ 2. — *Partages par acte entre vifs*. 238

ART. 1. — Point de départ des actions 238

Celle accordée par l'art. 1078. — Celles données par l'art. 1079 et pour violation des art. 826 et 832. — Que dire si le partage est fait par les deux époux ? — Les enfants pourraient-ils agir, pendant la vie du survivant, contre l'enfant renonçant dont l'attribution excède la quotité disponible ? — Que dire s'il s'agit d'un partage cumulatif ? — Que dire s'il y a des enfants de différents lits ? — Quelle est l'époque de l'ouverture des actions accordées pour dol, erreur ou violence.

ART. 2. — Combien durent ces actions ? 253

L'art. 1304 s'applique-t-il aux actions données par l'art. 1079 ou pour violation des art. 826 et 832 ? — S'applique-t-il à l'action accordée par l'art. 1078 ?

ART. 3. — Ratification 256

Peut-elle s'appliquer : A l'action donnée par les art. 1078 et 1079, 2^e alinéa ? — A celle accordée par l'art. 1079, 1^{er} alinéa ? — A celle donnée pour violation des art. 826 et 832 ? — Que dire de la ratification d'une cause de nullité du droit commun ? — La ratification expresse est-elle possible ? — Peut-on ratifier du vivant de l'ascendant ? — La ratification peut-elle s'appliquer à quelques-uns des vices seulement ? — La ratification peut-elle être tacite ? — L'aliénation entraîne-t-elle ratification ?

CHAPITRE IV. — Effets de la nullité ou de la rescision des partages d'ascendants.	265
SECTION I. — PARTAGE TESTAMENTAIRE	265
SECTION II. — PARTAGE PAR DONATION ENTRE VIFS.	265

La nullité du partage entraîne-t-elle celle de la donation ? — Les tiers acquéreurs pourraient-ils invoquer l'art. 860 ? — Peuvent-ils invoquer la prescription de 10 ans ? — Peut-il demander une indemnité ? — La nullité du partage entraîne-t-elle la nullité des libéralités ? — La nullité oblige-t-elle au rapport des fruits ? — Que dire des impenses ? — L'ascendant peut-il soumettre la validité de la donation à celle du partage ? — Le jugement prononçant la nullité doit-il être transcrit ? — Qui supportera les frais du partage annulé ?

ERRATA

- Page 35, ligne 12, supprimer n'.
- 36, — 2, lire : révocabilité, au lieu de : invocabilité.
 - 37, — 7, lire : pouvait, au lieu de : pourrait.
 - 50, — 5, supprimer la phrase : il faut en conclure que les héritiers s'ils ne renoncent pas à la succession devront rapporter les lots légués à la masse de cette succession si ces lots dépassent la quotité disponible.
 - 62, — 20, lire : interdit, au lieu de : interdite.
 - 102, — 25, lire : ces, au lieu de : ses.
 - 108, — 1, lire : objection, au lieu de : obligation.
 - 108, — 12, après : action en rescision, ajouter : n'y a-t-il pas lésion de plus du quart, alors il n'y aura pas d'action en rescision.
 - 119, — 14, lire : seul, au lieu de : nul.
 - 123, — 11, lire : ratification, au lieu de : rectification.
 - 124, — 16, ajouter : ici non pas, après : or il s'agit.
 - 125, dernière ligne, supprimer la virgule après existant et la mettre après époque.
 - 138, ligne 9, supprimer : copartagés après donataires.
 - 186, — 20, lire : passé, au lieu de : posé.
 - 242, — 12, ajouter : de avant plus.
-

Imp. J. THEVENOT, Saint-Dizier (Hte-Marne)
